



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 3, Part 1**

**2006, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2006] 3 F.C.R., 3-232**

**Renvoi [2006] 3 R.C.F., 3-232**

---



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP  
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers  
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar  
SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie  
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

---

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.  
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.  
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone 613-956-4800 or 1-800-635-7943.*

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

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

**CONTENTS**

Judgments .....	3-232
Digests .....	D-1

**Azizi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 118**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision upholding Immigration Appeal Division’s (IAD) decision visa officer correct to hold appellant’s dependants not members of family class—Appellant entering Canada as Convention refugee in 2001, not mentioning dependants in permanent residence application—Applying two years later to sponsor dependants—Visa officer holding that pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d), dependants not members of family class as they were not examined at time of appellant’s application for permanent residence—F.C. certifying question of law re: whether s. 117(9)(d) excluding Convention refugees seeking admission as members of family class of permanent resident who failed to declare them as non-accompanying family members—Appeal dismissed—Regulations, s. 117(9)(d) referring to foreign nationals (which includes refugees), implicitly requiring disclosure of non-accompanying family members because dealing with examination of family members and such examination impossible without disclosure

*Continued on next page*

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

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

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

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

**SOMMAIRE**

Jugements .....	3-232
Fiches analytiques .....	F-1

**Azizi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) ..... 118**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel d’une décision de la Cour fédérale confirmant la décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI) selon laquelle l’agent des visas avait raison de conclure que les personnes à charge de l’appellant n’appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial—L’appellant est arrivé au Canada en 2001 à titre de réfugié au sens de la Convention, mais il n’a pas mentionné les personnes à sa charge dans sa demande de résidence permanente—Il a fait une demande deux ans plus tard pour parrainer les personnes à sa charge—L’agent des visas a décidé que, suivant l’art. 117(9)d) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, les personnes à charge n’appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial étant donné qu’elles n’avaient pas fait l’objet d’un contrôle au moment de la demande de résidence permanente de l’appellant—La C.F. a certifié la question de droit suivante : l’art. 117(9)d) exclut-il les réfugiés au sens de la Convention cherchant à être admis à titre de membres de la catégorie du regroupement familial d’un résident permanent n’ayant pas déclaré leur existence à titre de membres de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

—Regulations, s. 141(1), dealing specifically with disclosure and refugees, not detracting from disclosure obligation—In light of required assessment of potential for durable solution by visa officer under Regulations, s. 139(1)(d), information about non-accompanying dependants relevant to permanent residence application as refugee under Act—Objectives of Act including integrity of Canadian refugee protection system, not only family reunification, best interests of children—Other ways to apply to enter Canada than as members of family class open to dependants—Family class option not available as result of appellant's own misrepresentations—Regulations, s. 117(9)(d) not *ultra vires* objectives of *Immigration and Refugee Protection Act*—Act, s. 12(1) enumerating who may be selected to be member of family class, not providing definition of family class—Act, s. 14(1), authorizing Governor in Council to regulate who may not be considered member of family class for sponsorship purposes.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d) unintentionally excluding certain groups from family class—Appellant, relying on this oversight, arguing Regulations, s. 117(9)(d) only applying when non-accompanying family members required by law to be examined and were not—Since at time of appellant's permanent residence application in 2001, no requirement to examine non-accompanying family members, submitting Regulations, s. 117(9)(d) not applicable to his dependants—Oversight in Regulations, s. 117(9)(d) remedied by ss. 117(10), (11)—S. 117(10) providing non-accompanying family members not excluded from family class if visa officer determining family members not required by law to be examined—Ss. 117(10), (11) contemplating has been disclosure of non-accompanying family members as disclosure necessary for visa officer to decide whether s. 117(9)(d) applicable—S. 117(9)(d) implicitly requiring disclosure as dealing with examination of family members and such examination impossible without disclosure—Explicit reference to disclosure in subsection 141(1), dealing specifically with situation of refugees, not detracting from implicit disclosure obligation in s. 117(9)(d) as that paragraph referring to foreign nationals, which includes refugees.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

famille ne l'accompagnant pas?—Appel rejeté—L'art. 117(9)d du Règlement, qui se rapporte aux étrangers (ce qui comprend les réfugiés), exige implicitement la divulgation de l'existence de membres de la famille n'accompagnant pas le réfugié puisqu'il traite du contrôle des membres de la famille et qu'un tel contrôle est impossible sans divulgation—L'art. 141(1) du Règlement, qui porte explicitement sur la divulgation et les réfugiés ne limite pas l'obligation de divulgation—Vu que, suivant l'art. 139(1)d du Règlement, l'agent des visas doit être en mesure d'évaluer la possibilité d'une solution durable, les renseignements au sujet des personnes à charge sont pertinents pour une demande de résidence permanente présentée à titre de réfugié au sens de la Convention—La Loi vise non seulement la réunification des familles et l'intérêt supérieur des enfants, mais aussi le maintien de l'intégrité du processus canadien d'asile—Pour être admis au Canada, les personnes à charge peuvent invoquer d'autres motifs que le fait d'être membres de la catégorie du regroupement familial—C'est en raison des fausses déclarations de l'appelant que les personnes à sa charge ne pouvaient appartenir à la catégorie du regroupement familial—L'art. 117(9)d n'est pas *ultra vires* pour incompatibilité avec l'objet de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—L'art. 12(1) de la Loi ne définit pas la catégorie du regroupement familial; il énumère ceux qui peuvent être sélectionnés pour faire partie de cette catégorie—L'art. 14(1) de la Loi autorise le gouverneur en conseil à prévoir, par règlement, quelle personne pourrait ne pas être considérée comme un membre de la catégorie du regroupement familial pour fins de parrainage.

Interprétation des lois—L'art. 117(9)d du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* exclut involontairement certains groupes de la catégorie du regroupement familial—S'appuyant sur cet oubli, l'appelant prétendait que l'art. 117(9)d du Règlement ne devrait s'appliquer que dans les cas où les membres de la famille du réfugié n'accompagnant pas ce dernier sont tenus par la loi de faire l'objet d'un contrôle et ne l'ont pas fait. Étant donné que, en 2001, lorsque l'appelant a présenté sa demande de résidence permanente, il n'était pas obligatoire de soumettre à un contrôle les membres de sa famille qui ne l'accompagnaient pas, il a soutenu que l'art. 117(9)d ne devait pas s'appliquer aux personnes à sa charge—Pour parer à l'oubli de l'art. 117(9)d, le Règlement a été modifié par l'ajout des art. 117(10) et (11)—L'art. 117(10) prévoit que les membres de la famille n'accompagnant pas le réfugié ne sont pas exclus de la catégorie du regroupement familial si un agent des visas a décidé que la loi n'exigeait pas que ces personnes fassent l'objet d'un contrôle—Les art. 117(10) et (11) supposent qu'il y a eu divulgation de l'existence des membres de la famille n'accompagnant pas le réfugié car, sans cette divulgation, l'agent des visas ne pourrait décider si oui ou non l'art. 117(9)d s'applique—La divulgation est implicitement exigée par l'art. 117(9)d puisqu'il traite

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Application to sponsor wife, daughters denied—Appellant arguing state causing him high level of psychological stress by preventing reunification with family, thus adversely affecting security of person contrary to Charter, s. 7—Government only accountable for deprivation resulting from state action—Much of appellant's psychological stress resulting from own decisions to leave family, make misrepresentations to authorities—Insufficient causal connection between state action, appellant's stress to justify finding of deprivation of security of person by state.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Appellant arguing *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 117(9)(d) violating Charter, s. 15—Arguments not addressing comparator group, enumerated or analogous ground of discrimination on which relies—Differential treatment, if any, resulting from appellant's misrepresentation, not state action.

### Canada Post Corp. v. United States Postal Service (F.C.) ..... 28

Trade-marks—Judicial review of Registrar of Trade-marks' decision giving public notice of adoption, use of official marks by United States Postal Service (USPS), thus preventing Canada Post Corporation (CPC), pursuant to *Trade-marks Act*, s. 9(1)(n)(iii) from using these or similar marks in association with postal wares, services unless already used prior to public notice—(1) Whether public authority referred to in s. 9(1)(n)(iii) must be public authority in Canada—That term not defined in Act—Shared, common meaning interpretation rule applied—French version of provision adopted—Official marks available only to public authorities in Canada—That conclusion buttressed by rest of s. 9(1), review of legislative history of s. 9(1)(n)(iii)—*Canada Post Corp. v. Post Office*, holding Act, s. 9(1)(n)(iii) not restricted to Canadian public authorities, not followed as decided before F.C.A. holding s. 9(1)(n)(iii) not to be given expansive meaning—Convention for the Protection of Industrial Property not applicable as not addressing official marks—(2) Whether USPS public authority

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

du contrôle des membres de la famille et qu'à l'évidence, ceux-ci ne peuvent pas faire l'objet d'un tel contrôle si leur existence n'a pas été divulguée—La référence explicite à la divulgation qui est faite à l'art. 141(1), lequel porte explicitement sur la situation des réfugiés, ne limite pas l'obligation de divulgation implicite dont il est question à l'art. 117(9)d étant donné que cet article s'applique aux étrangers, ce qui inclut les réfugiés.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Demande de parrainage de l'épouse et des filles de l'appelant rejetée—L'appelant soutenait que l'État lui a causé un stress psychologique élevé en empêchant la réunification avec sa famille, ce qui a compromis la sécurité de sa personne contrairement à l'art. 7 de la Charte—Le gouvernement est seulement tenu de rendre compte d'une atteinte qui découle des actes de l'État—Une bonne partie du stress psychologique de l'appelant résultait de sa propre décision de quitter sa famille et de faire de fausses déclarations aux autorités—Le lien de causalité entre les actes de l'État et le stress de l'appelant était insuffisant pour justifier une conclusion d'atteinte à la sécurité de la personne par l'État.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—L'appelant prétendait que l'art. 117(9)d du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* violait l'art. 15 de la Charte—Les arguments ne portaient pas sur un groupe de comparaison ou sur un motif énuméré ou analogue de discrimination—Le traitement différent dont il a pu faire l'objet était la conséquence de ses fausses déclarations, et non des actes de l'État.

### Société canadienne des postes c. United States Postal Service (C.F.) ..... 28

Marques de commerce—Contrôle judiciaire de la décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public d'adoption et emploi de marques officielles par la United States Postal Service (USPS), empêchant ainsi la Société canadienne des postes (SCP), en vertu de l'art. 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, d'employer ces marques ou des marques similaires en liaison avec ses marchandises et services postaux, sauf pour ce qui est des marques qu'elle employait déjà avant l'avis public—(1) L'autorité publique mentionnée à l'art. 9(1)n(iii) doit-elle être une autorité publique au Canada?—Ce terme n'est pas défini dans la Loi—Application de la règle d'interprétation fondée sur le sens commun—La version française de la disposition est retenue—Les marques officielles sont disponibles seulement pour les autorités publiques au Canada—Cette conclusion est étayée par le reste de l'art. 9(1) et par l'examen de l'historique de l'art. 9(1)n(iii)—La décision *Société canadienne des postes c. Post Office*, statuant que l'art. 9(1)n(iii) de la Loi n'est pas

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

in Canada—Not sufficient for entity in question to be subject to control outside Canada—Public authority required to be subject to governmental control within Canada—USPS not subjected to such control, thus not public authority in Canada—Application dismissed.

Construction of Statutes—*Trade-marks Act*, s. 9(1)(n)(iii) preventing any person from adopting mark “adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark”—Whether “public authority” required to be public authority in Canada—As term not defined in Act, necessary to have regard to wording of provision—Ambiguity in English version as to whether “in Canada” modifying “adopted and used” or “by any public authority”—French version not ambiguous—Applying shared or common meaning interpretation rule, French meaning adopted : “in Canada” modifying “by any public authority”—This conclusion buttressed by review of legislative history of s. 9(1)(n)(iii) and predecessor provisions in *Unfair Competition Act*—History revealing comma creating ambiguity first appearing in version of Act published in 1985 *Revised Statutes of Canada*—Amendment made pursuant to *Statute Revision Act* by Statute Revision Commission—Commission precluded from changing substance of enactment—Insertion of comma apparently not conscious legislative choice—Review of Act, s. 9 as a whole leading to conclusion Parliament would have explicitly so stated had it been its intention for s. 9(1)(n)(iii) to apply to foreign public authorities.

### **Ferri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 53

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) lacking jurisdiction to consider constitutionality of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 68(4)—Applicant convicted of possession of heroin for purpose of trafficking—Minister applying to cancel stay of deportation, terminate appeal under s. 68(4)—Whether effect of wording of s. 68(4) to deprive IAD of jurisdiction to hear, decide applicant’s constitutional argument—Case law on Charter jurisdiction of administrative

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

restreint aux autorités publiques au Canada, n’a pas été suivie car elle a été rendue avant que la C.A.F. ne décide qu’il ne faut pas donner un sens extensif à l’art. 9(1)n(iii)—La Convention pour la protection de la propriété industrielle ne s’applique pas car elle ne vise pas les marques officielles—2) La USPS est-elle une autorité publique au Canada?—Il ne suffit pas que l’organisme en question soit assujéti à des contrôles à l’extérieur du Canada—Une autorité publique doit être assujéti à des contrôles à l’intérieur du Canada—La USPS n’est pas assujéti à de tels contrôles, et n’est donc pas une autorité publique au Canada—Demande rejetée.

Interprétation des lois—L’art. 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* interdit à quiconque d’adopter une marque « adopté[e] et employé[e] par une autorité publique au Canada comme marque officielle »—L’« autorité publique » doit-elle être une autorité publique au Canada?—Le terme n’étant pas défini dans la Loi, il faut examiner le libellé de la disposition—Il y a ambiguïté dans la version anglaise, à savoir si les mots « *in Canada* » visent à qualifier les mots « *adopted and used* » ou les mots « *by any public authority* »—La version française n’est pas ambiguë—En application de la règle d’interprétation fondée sur le sens commun, le sens de la version française est retenu : les mots « *in Canada* » qualifient les mots « *by any public authority* »—Cette conclusion est étayée par un examen de l’historique de l’art. 9(1)n(iii) et des dispositions qui l’ont précédé dans la *Loi sur la concurrence déloyale*—L’examen révèle que la virgule créant une ambiguïté a fait sa première apparition dans la version de la Loi publiée dans les Lois révisées du Canada de 1985—La virgule a été introduite à l’occasion d’une modification de nature administrative par la Commission de révision des lois en vertu de la *Loi sur la révision des lois*, qui ne permet pas à la Commission d’en modifier le fond—L’insertion de la virgule ne semble pas découler d’un choix réfléchi du législateur—L’examen de l’art. 9 dans son ensemble conduit à la conclusion que le législateur, s’il avait voulu que l’art. 9(1)n(iii) s’applique à l’égard des autorités publiques étrangères, l’aurait dit explicitement dans la Loi.

### **Ferri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.)** ..... 53

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section d’appel de l’immigration (SAI) disant qu’elle n’avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de l’art. 68(4) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Le demandeur a été condamné pour possession d’héroïne en vue d’en faire le trafic—Le ministre a demandé l’annulation du sursis ainsi que le classement de son appel en application de l’art. 68(4) de la LIPR—Il s’agissait de savoir si le libellé de l’art. 68(4) a pour effet de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

tribunals reviewed—IRPA, s. 68(4) limiting jurisdiction of IAD to determination of whether facts of individual case bring applicant within wording of provision—Depriving IAD of jurisdiction to decide questions of law, including questions of constitutional validity—Applicant not left without forum to pursue constitutional challenge of s. 68(4)—Application dismissed—Question certified: whether IAD having jurisdiction to determine constitutional challenge to IRPA, s. 68(4).

### **Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc. (F.C.A.) 91**

Copyright—Infringement—Secondary infringement—Appeal from Federal Court decision granting permanent injunction ordering appellant to cease selling, distributing, offering for sale Côte d'Or, Toblerone confectionary products with copyrighted artwork reproduced on wrappers—Appellant continuing to distribute products following expiry of distribution contract—Kraft Canada Inc. (KCI), new holder of exclusive distribution licence for Canada, seeking, under *Copyright Act*, s. 27(2), to compel appellant to cover over the works—Trial Judge holding Act, s. 27(2)(e) violated (i.e. copyright infringed), granting KCI's request—Act, s. 27(2) dealing with secondary infringement (infringement by person not personally producing protected work)—In case law dealing with secondary infringement, plaintiffs required to prove they had exclusive right to use copyright in question in Canada and that copies imported by defendants not produced by plaintiffs—Elements to ground claim of secondary infringement approved by S.C.C. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*—In case of Act, s. 27(2)(e), proof of primary infringement not required as definition of "infringing" in Act, s. 2 recognizing infringement in case of copy imported in circumstances contemplated in Act, s. 27(2)(e)—Act, s. 27(2) itself providing that secondary infringement when any of things referred to in Act, ss. 27(2)(a) to (c) done, when production, reproduction of work in question would be infringement if copy made in Canada by person who made it—As such, importation by appellant of reproductions of protected works made outside Canada constituting secondary infringement of KCI's copyright as KCI having exclusive right of reproduction for Canada, appellant knowing this exclusive right registered for Canada—Appeal allowed in part—Matter remitted to trial Judge to deal with issue of profits.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

priver la SAI de la compétence pour entendre l'argument constitutionnel du demandeur et se prononcer sur celui-ci—Examen de la jurisprudence relative à la compétence des tribunaux administratifs pour se prononcer sur des questions relatives à la Charte—Le libellé de l'art. 68(4) a pour effet de limiter expressément la compétence de la SAI à la question de décider si les faits de l'espèce assujettissent l'appelant au libellé de la disposition—Il prive la SAI de la compétence pour trancher des questions de droit, notamment des questions de validité constitutionnelle—Le demandeur pourra trouver un tribunal pour contester la constitutionnalité de l'art. 68(4) de la LIPR—Demande rejetée—La question suivante a été certifiée: la Section d'appel de l'immigration a-t-elle compétence pour se prononcer sur une contestation de la constitutionnalité de l'art. 68(4) de la LIPR?

### **Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc. (C.A.F.) 91**

Droit d'auteur—Violation—Violation à une étape ultérieure—Appel d'une décision de la Cour fédérale laquelle a prononcé une injonction permanente enjoignant à l'appelante de cesser de vendre, de distribuer, de mettre ou d'offrir en vente des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone dont les papiers d'emballage arborent des illustrations protégées par le droit d'auteur—L'appelante a continué à distribuer les produits même si son contrat de distribution était expiré—Kraft Canada Inc. (KCI), le nouveau détenteur de la licence de distribution exclusive au Canada, a tenté, suivant l'art. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, d'obliger l'appelante à masquer les œuvres—Le juge de première instance a conclu que l'appelante avait violé l'art. 27(2)e) de la Loi (violation du droit d'auteur) et a accueilli la demande de KCI—L'art. 27(2) traite de la violation du droit d'auteur à une étape ultérieure (violation par une personne d'un droit d'auteur même si cette personne n'a pas produit l'œuvre protégée)—Dans la jurisprudence pour établir la violation de leur droit d'auteur à une étape ultérieure concernant un produit importé, les demandeurs ont dû prouver qu'ils avaient le droit exclusif d'employer au Canada le droit d'auteur en question et que les exemplaires importés par les défendeurs n'avaient pas été produits par les demandeurs—Les éléments en général requis pour prouver la violation à une étape ultérieure ont été approuvés par la C.S.C. dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*—La preuve d'une violation initiale du droit d'auteur n'est cependant pas requise dans le cas de l'art. 27(2)e) de la Loi car dans le cas d'un exemplaire importé dans les circonstances visées par l'art. 27(2)e), la Loi reconnaît au dernier paragraphe de la définition de « contrefaçon » à l'art. 2 de la Loi, l'existence de la contrefaçon—Dans le cas d'un produit importé dans les conditions visées à l'art. 27(2)e), il y a violation du droit d'auteur à une étape ultérieure dans l'accomplissement des actes énumérés aux alinéas 27(2) a) à c) quand la production ou la reproduction de l'œuvre en question constituerait une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Copyright—Damages—Profits—Trial Judge fixing profits derived from infringement in amount of \$300,000—Nothing in record supporting respondents' statement appellant's gross revenues during relevant period at least \$2.8 million—As record less than satisfactory on this point, matter referred back to trial Judge.

Copyright—Injunction—Cross-appeal—Kraft Canada Inc. seeking order prohibiting appellant from possessing, importing confectionary products with copyrighted artwork reproduced on wrapper—Such order superfluous—As appellant not authorized to sell, distribute, offer works for sale, also not authorized to possess, import them for those purposes—Cross-appeal dismissed.

### Prentice v. Canada (F.C.A.) ..... 135

Crown—Torts—Appeal from Federal Court decision dismissing motion to strike—Former RCMP member involved in peacekeeping missions abroad, bringing action in damages, alleging breach of Charter, s. 7 rights against Crown employer—As disguised action in civil liability against Crown, prohibited by *Government Employees Compensation Act*, s. 12, *Crown Liability and Proceedings Act*, ss. 8, 9—Appeal allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Former RCMP member involved in peacekeeping missions bringing action in damages against Crown for violation of Charter, s. 7 rights—Crown seeking to have action dismissed as disclosing no reasonable cause of action—Respondent must prove deprivation of right to life, liberty, security under s. 7 contrary to principles of fundamental justice—Case law on principles of fundamental justice reviewed—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

violation si elle avait été produite au Canada par la personne qui l'a produite—En tant que telle, l'importation par l'appelante de reproductions des œuvres protégées faites hors du Canada constituait une violation du droit d'auteur de KCI à une étape ultérieure, puisque KCI détenait un droit exclusif de reproduction pour le Canada et que l'appelante connaissait l'enregistrement pour le Canada des licences exclusives de KCI—Appel accueilli en partie—Affaire renvoyée au juge de première instance pour qu'il traite la question des profits.

Droit d'auteur—Dommages-intérêts—Profits—Le juge de première instance a fixé à la somme de 300 000 \$ les profits qui originent de la contrefaçon—Rien au dossier n'indiquait comment les intimées pouvaient affirmer que durant la période pertinente, [TRADUCTION] « les recettes brutes s'élevaient au moins à 2,8 millions de dollars »—Devant le caractère peu satisfaisant du dossier à cet égard le dossier a été retourné au juge de première instance.

Droit d'auteur—Injonction—Appel incident—Kraft Canada Inc. sollicitait une ordonnance de la Cour défendant à l'appelante de posséder ou d'importer les produits de confiserie dont les papiers d'emballage arboraient des illustrations protégées par le droit d'auteur—Les demandes contenues dans l'appel incident étaient superflues—Puisque l'appelante ne pouvait ni vendre, ni mettre en circulation, ni offrir en vente les produits protégés, elle ne pouvait non plus les posséder ou les importer en vue de les vendre, les mettre en circulation, ou les offrir en vente—Appel incident rejeté.

### Prentice c. Canada (C.A.F.) ..... 135

Couronne—Responsabilité délictuelle—Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une requête en radiation—Un ancien membre de la GRC ayant participé à des missions de maintien de la paix à l'étranger a engagé une action en dommages-intérêts, alléguant une violation de l'art. 7 de la Charte de la part de son employeur, la Couronne—Étant une action en responsabilité civile déguisée, contre la Couronne ce recours était exclu par les art. 8 et 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et par l'art. 12 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Un ancien membre de la GRC ayant participé à des missions de maintien de la paix a engagé une action en dommages-intérêts contre la Couronne, alléguant une violation des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la Charte—La Couronne a demandé le rejet de l'action au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable—L'intimé devait prouver que la violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Action struck out.

Administrative Law—Respondent, former RCMP member deployed on peacekeeping missions, claiming compensatory, moral, exemplary damages against Crown employer for violation of Charter, s. 7 rights under Charter, s. 24—Respondent could have exercised rights under number of statutory schemes—Plaintiff wishing to bring action against Crown in civil liability for damages must exhaust other remedies—Respondent not exercising remedies available under “ordinary” laws.

RCMP—Respondent former RCMP member taking part in peacekeeping missions abroad—Claiming damages from Crown employer as represented by RCMP on basis of violation of Charter, s. 7 rights—Not exercising rights under number of statutory schemes—As disguised claim for disability pension, not coming within framework of action in damages—Instead governed by Part II of *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*—As certain to fail, action struck out.

Labour Relations—Former RCMP member claiming damages against Crown, as employer, based on alleged violation of Charter, s. 7—Dispute arising out of employment relationship between respondent, RCMP—Respondent’s action in reality action by employee against employer seeking damages for harm allegedly suffered in course of employment—As disguised claim based on accident in course of employment, prohibited by *Government Employees Compensation Act*, s. 12.

Practice—Pleadings—Motion to Strike—Crown seeking to strike respondent’s amended statement of claim for damages as disclosing no reasonable cause of action—Motion to strike pleading under *Federal Courts Rules*, r. 221(1)(a) allowed only if outcome of case “plain and obvious”, “beyond reasonable doubt”—Power to strike out pleadings must be exercised with considerable caution, reluctance—Motion allowed on ground claim certain to fail—Plaintiff must exhaust other remedies before bringing action against Crown in civil liability for damages.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

par l’art. 7 était contraire aux principes de justice fondamentale—Examen de la jurisprudence relative aux principes de justice fondamentale—Action radiée.

Droit administratif—L’intimé, un ancien membre de la GRC ayant été affecté à des missions de maintien de la paix, se fonde sur l’art. 24 de la Charte, demandant des dommages-intérêts compensatoires, moraux, et punitifs au motif que la Couronne, son employeur, aurait violé les droits que lui garantit l’art. 7 de la Charte—L’intimé aurait pu invoquer différents régimes légaux pour faire valoir ses droits—Le demandeur qui veut engager une action en responsabilité civile contre la Couronne afin d’obtenir des dommages-intérêts doit épuiser ses autres recours—L’intimé n’a pas exercé les autres recours que les lois « ordinaires » lui accordaient.

GRC—L’intimé est un ancien membre de la GRC ayant été affecté à des missions de maintien de la paix à l’étranger—Il a demandé des dommages-intérêts contre la Couronne, son employeur, représentée par la GRC, au motif qu’elle aurait violé l’art. 7 de la Charte—Il n’a pas exercé les recours que lui ouvraient un certain nombre de régimes légaux—Comme il s’agissait d’une demande de pension d’invalidité déguisée, elle n’avait pas sa place dans le cadre d’une action en dommages-intérêts—Elle était plutôt régie par la partie II de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*—Comme elle était vouée à l’échec, l’action a été radiée.

Relations du travail—Un ancien membre de la GRC a demandé des dommages-intérêts au motif que la Couronne, son employeur, aurait violé l’art. 7 de la Charte—Le différend découlait de la relation employeur-employé entre l’intimé et la GRC—Le recours exercé par l’intimé constituait en réalité une action intentée par un employé contre son employeur afin de réclamer des dommages-intérêts en raison du préjudice qu’il aurait subi dans le cadre de son emploi—Comme il s’agissait d’une demande déguisée fondée sur un accident lié à l’occupation d’un emploi, elle était exclue par l’art. 12 de la *Loi sur l’indemnisation des agents de l’État*.

Pratique—Actes de procédure—Requête en radiation—La Couronne a demandé la radiation de la déclaration modifiée de l’intimée réclamant des dommages-intérêts au motif qu’elle ne révélait aucune cause d’action valable—La requête en radiation d’un acte de procédure présentée en vertu de la règle 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales* n’est accueillie que si l’issue de l’affaire est « évidente et manifeste » ou « au delà de tout doute raisonnable »—Le pouvoir de radier des actes de procédure doit être exercé avec beaucoup de prudence et d’hésitation—La requête a été accueillie au motif que l’action était vouée à l’échec—Le demandeur doit épuiser tous ses autres recours avant d’engager une action en responsabilité

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Secunda Marine Services Ltd. v. Fabco Industries Ltd. (F.C.)** ..... 3

Maritime Law—Insurance—Motion by defendant for summary judgment following damage caused by fire to plaintiff's ship—Plaintiff insured under builder's risk policy, recovering damages from underwriters—Action taken in plaintiff's name by underwriters in exercise of subrogation rights—Whether underwriters barred from taking subrogated action—Case law on subrogation reviewed—Cases relied upon by defendant not establishing rule of law underwriters on builder's risk policy prohibited from seeking subrogated recovery from contractor on insured project—Defendant asking Court to ignore precise wording of *Marine Insurance Act*, s. 81—Motion dismissed.

Practice—Parties—Subrogation—Plaintiff's underwriters suing defendant in exercise of subrogation rights under builder's risk policy—Whether underwriters prohibited from seeking subrogated recovery—Plaintiff not releasing defendant from liability—Subrogation cannot be obtained against insured itself—As matter of construction, defendant not insured under policy, underwriters not waiving subrogation rights—Underwriters on builder's risk insurance policy written on marine form, covering ship not prohibited from seeking subrogated recovery against contractor who damaged ship.

Practice—Summary Judgment—Motion for summary judgment by defendant in relation to damage caused by fire to plaintiff's ship—Court shall grant summary judgment if satisfied no genuine issue for trial—If satisfied only genuine issue question of law, Court may determine question—Sufficient evidence to determine whether as matter of law plaintiff's underwriters prohibited from seeking subrogated recovery from defendant—Motion dismissed.

Constitutional Law—Distribution of Powers—Under *Constitution Act, 1867*, s. 91(10), "Navigation and Shipping" within federal jurisdiction—Insurance not enumerated class of subject—S.C.C. holding marine insurance, although matter

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

civile contre la Couronne afin d'obtenir des dommages-intérêts.

### **Secunda Marine Services Ltd. c. Fabco Industries Ltd. (C.F.)** ..... 3

Droit maritime—Assurance—Requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse pour les avaries causées au navire de la demanderesse à la suite d'un incendie—La demanderesse était assurée en vertu d'une police d'assurance des chantiers et son assureur l'a indemnisée—Action introduite au nom de la demanderesse par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation—Il s'agissait de savoir si il était interdit pour les assureurs d'intenter une action subrogatoire—Examen de la jurisprudence sur les droits de subrogation—La jurisprudence invoquée par la défenderesse ne permettait pas de conclure à l'existence d'une règle de droit voulant que, dans le cas d'une police d'assurance des chantiers, il est interdit à l'assureur d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur—La défenderesse demandait à la Cour d'ignorer le libellé précis de l'art. 81 de la *Loi sur l'assurance maritime*—Requête rejetée.

Pratique—Parties—Subrogation—Les assureurs de la demanderesse ont poursuivi la défenderesse en se prévalant des droits de subrogation de leur police d'assurance des chantiers—Leur était-il interdit d'exercer un recours subrogatoire?—La demanderesse n'a pas dérogé la défenderesse de sa responsabilité—L'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même—Sur le plan de l'interprétation, la défenderesse n'était pas un assuré au sens de la police et les assureurs n'ont pas renoncé à leurs droits de subrogation—L'assureur qui a consenti une police d'assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire peut exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur qui a causé des avaries au navire.

Pratique—Jugement sommaire—Requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse pour les avaries causées au navire de la demanderesse à la suite d'un incendie—La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès—Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci—La Cour disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour être en mesure de décider si, en droit, il était interdit aux assureurs de la demanderesse d'exercer un recours subrogatoire contre la défenderesse—Requête rejetée.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—En vertu de l'art. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral peut légiférer sur « la navigation et les bâtiments ou navires »—L'assurance n'entre dans aucune des catégories de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

falling within property and civil rights, assigned under Constitution to Parliament as part of navigation, shipping—Canadian maritime law uniform throughout country, not including provincial law except as might be incidental to resolution of dispute—Courts may make incremental changes to maritime, common law to further requirements of justice, fairness—Defendant asking Court to read down explicit language of *Marine Insurance Act*—Fire during building, conversion of ship not only maritime peril at large, but peril covered by policy.

### **Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.)** . . . . . 70

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision upholding Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board finding *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 197, transitional provision regarding inadmissible persons, applying to appellant—Appellant permanent resident of Canada found inadmissible for serious criminality after conviction for robbery—Ordered deported, but on appeal Board granted stay of removal—Stay subject to conditions, including that “he keep the peace and be of good behaviour”—Appellant breaching condition of stay when subsequently committing assault with weapon—Convicted thereof some 17 months later—*Immigration Act* replaced by *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)* on June 28, 2002 between time of assault, conviction—Notice of cancellation of stay, termination of appeal issued under IRPA—Board upheld notice, appellant removed from Canada—Federal Court certified questions as to (a) whether time of breach, as regards s. 197, is time of conviction or commission of offence; and (b) whether s. 197 can be applied retrospectively to situation where offence occurred prior to coming into force of IRPA but conviction occurred thereafter—IRPA, s. 197 defining who caught by IRPA, s. 68(4)—S. 68(4) mandating cancellation of stays, termination of appeals of individuals found inadmissible on grounds of serious criminality who have obtained stay of removal order but subsequently convicted of other serious offence—Offence itself constituting breach of condition—Federal Court correct in finding appellant breaching condition of stay when committing offence—S. 197 not specifying appellant shall be subject to provisions of s. 68(4) if breaching condition of stay upon or after coming into force of Act—S. 197 intended to apply to those granted stay under former Immigration Act who breach condition thereof—Therefore, s. 197 applying to appellant, subject to s. 68(4)—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sujets énumérés—Suivant la C.S.C., même si, à proprement parler, elle est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils, l'assurance maritime a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et les bâtiments ou navires—Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien et il n'incorpore aucune règle de droit provincial à l'exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige—La défenderesse demandait à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la *Loi sur l'assurance maritime*—L'incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d'un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police.

### **Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.)** . . . . . 70

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'art. 197 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, une disposition transitoire concernant l'interdiction de territoire, s'appliquait à l'appellant—L'appellant est un résident permanent du Canada qui a été interdit de territoire pour grande criminalité après avoir été reconnu coupable de vol qualifié—Il a été frappé d'une mesure d'expulsion mais, en appel, la Commission a accordé un sursis à l'exécution du renvoi—Le sursis était assorti de conditions, notamment celle de « ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite »—L'appellant a violé cette condition lorsqu'il a plus tard commis une agression armée—Il a été déclaré coupable environ 17 mois plus tard—Entre la date de l'agression et celle de la déclaration de culpabilité, la *Loi sur l'immigration* a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)* le 28 juin 2002—Un avis d'annulation du sursis et de classement de l'appel a été délivré en vertu de la LIPR—La Commission a confirmé l'avis et l'appellant a été renvoyé du Canada—La Cour fédérale a certifié une question quant à savoir a) si la date de l'inobservation dont parle l'art. 197 est la date de la déclaration de culpabilité ou celle à laquelle l'infraction a été commise, et b) si l'art. 197 peut être appliqué rétroactivement dans un cas où l'infraction a été commise avant l'entrée en vigueur de la LIPR mais où la déclaration de culpabilité a été prononcée après—L'art. 197 de la LIPR définit les personnes qui sont visées par l'art. 68(4)—L'art. 68(4) prescrit l'annulation des sursis et le classement des appels des individus interdits de territoire pour grande criminalité qui ont obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux mais qui sont ensuite reconnus coupables d'une autre infraction grave—C'est l'infraction elle-même qui

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Appeal from Federal Court decision upholding Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board finding *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 197, transitional provision regarding inadmissible persons, applying to appellant even though committed serious offence, breached condition of stay of removal order before section enacted—Neither Board nor Federal Court appreciating IRPA, s. 197 might have retrospective effects—Generally, statutes not to be construed as having retrospective operation—Despite presumption, statutory language may expressly or by necessary implication require retrospective operation—Courts must respect retrospective effects of legislation where legislature clearly so intended—S. 197 intended to apply to all those granted stay under former Immigration Act who breach condition thereof, regardless of when breach occurring—Retrospective effect of s. 197 clear when considered in context of other IRPA transitional provisions—Ss. 190, 192, 197 operating together to define to whom IRPA retrospectively applying—Presumption against retrospectivity not applying to s. 197—Rule of statutory interpretation irrelevant to statutes aiming at protecting public—IRPA, ss. 197, 68(4) intended to protect public—S. 197 clearly intended to be retrospective, applying to case in which offence occurring before June 28, 2002, but conviction occurring thereafter—Appropriate interpretation in s. 197 of time of breach is time of offence.

### **Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 168

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's allegation RPD's standard order of questioning (Guideline 7) violating natural justice, determining applicant not Convention refugee,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

constitue la violation de la condition—La Cour fédérale a eu raison de conclure que l'appelant a violé la condition du sursis lorsqu'il a commis l'infraction—L'art. 197 ne spécifie pas que l'appelant sera assujéti aux dispositions de l'art. 68(4) s'il viole une condition du sursis au moment de ou après l'entrée en vigueur de la Loi—L'art. 197 est destiné à s'appliquer à ceux à qui un sursis a été accordé dans le cadre de l'ancienne Loi sur l'immigration qui violent une condition de ce sursis—Par conséquent, l'art. 197 s'applique à l'appelant, sous réserve de l'art. 68(4)—Appel rejeté.

Interprétation des lois—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'art. 197 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, une disposition transitoire concernant les interdits de territoire, s'appliquait à l'appelant même s'il a commis une infraction grave et s'il a violé une condition au sursis à l'exécution de son renvoi avant que l'article soit adopté—Ni la Commission ni la Cour fédérale n'ont semblé se rendre compte que l'art. 197 de la LIPR pouvait avoir un effet rétroactif—En règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive—Cependant, malgré cette présomption, le libellé de la loi peut exiger, expressément ou implicitement, une application rétroactive—Les tribunaux doivent respecter l'effet rétroactif d'une loi lorsque le législateur a clairement indiqué que la loi doit avoir un tel effet—L'art. 197 est destiné à s'appliquer à tous ceux à qui un sursis a été accordé dans le cadre de l'ancienne Loi sur l'immigration et qui violent une condition de ce sursis, peu importe le moment où cela se produit—L'effet rétroactif de l'art. 197 est évident lorsqu'on l'examine dans le contexte des autres dispositions transitoires de la LIPR—Les art. 190, 192 et 197 agissent ensemble pour définir les personnes auxquelles la LIPR s'applique rétroactivement—La présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas à l'art. 197—Cette règle d'interprétation législative n'est pas pertinente pour les lois qui visent à protéger le public—Les art. 197 et 68(4) de la LIPR visent à protéger le public—Il est clair que l'art. 197 est destiné à avoir un effet rétroactif, car il s'applique dans les cas où une infraction a été commise avant le 28 juin 2002, mais où la déclaration de culpabilité a été prononcée plus tard—La date de la violation pour l'art. 197 est celle de l'infraction.

### **Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)** ..... 168

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter l'allégation du demandeur selon laquelle l'ordre normalisé des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

person in need of protection—Guideline 7 providing Refugee Protection Officer (RPO), RPD member to question claimant before counsel at refugee protection hearing—Natural justice, procedural fairness not requiring claimant at refugee hearing first be questioned by counsel—Content of procedural protections—*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* factors considered—Furthermore claimant having opportunity to make written submissions before, after hearing, oral representations at hearing—Vulnerability only one of factors to consider—Applicant in present instance had meaningful opportunity to present case fully, fairly—However, Guideline 7 fettering RPD's discretion—Guidelines not meant to be legally binding on RPD members—But mandatory language of Guideline 7, limited, narrow description in guideline of exceptional circumstances where RPD members having discretion to change order of questioning, expectation of compliance by Immigration and Refugee Board, all combining to limit RPD member's discretion, in effect dictating procedure, allowing few exceptions on procedural issue potentially affecting fairness of hearing—Application allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Procedural fairness—Whether procedural guideline complying with rules of fairness depending on factors such as extent to which guideline restricting scope of discretion of independent RPD members in exercise of their duties under *Immigration and Refugee Protection Act*—Guideline may become unlawful fetter upon discretion if elevated to status of general rule—In case at bar, thrust of Guideline 7 (imposing standard order for questioning of refugee claimants) indicating mandatory process rather than recommended, optional process, thus unlawful fetter of RPD members' discretion.

## SOMMAIRE (Fin)

interrogatoires (les Directives n° 7) contrevient aux principes de justice naturelle et de conclure que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger —Les Directives n° 7 prévoient que l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou le commissaire de la SPR interroge le demandeur avant le procureur de celui-ci lors des audiences des demandeurs d'asile—Les principes de justice naturelle et d'équité procédurale n'exigent pas qu'un demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur—Teneur des protections procédurales—Les facteurs établis dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* sont examinés—En outre, le demandeur a eu la possibilité de déposer des prétentions écrites avant et après l'audience et de faire des observations de vive voix à l'audience—La vulnérabilité n'est que l'un des facteurs à prendre en compte—Le demandeur en l'espèce a réellement eu la possibilité d'exposer sa cause complètement et équitablement—Les Directives n° 7 entravent toutefois le pouvoir discrétionnaire de la SPR—Les directives n'ont pas pour objet de lier légalement les commissaires—Toutefois, le libellé contraignant des Directives n° 7, la description restrictive qu'on y trouve des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les commissaires peuvent modifier l'ordre des interrogatoires et l'attente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires et de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience—Demande accueillie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Équité procédurale—La question de savoir si une directive qui touche la procédure est conforme aux règles d'équité dépend-elle de facteurs comme la mesure dans laquelle elle limite le pouvoir discrétionnaire que les commissaires indépendants exercent dans l'exécution des fonctions que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* leur confie?—Une directive peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale—En l'espèce, les Directives n° 7 (qui imposent un ordre normalisé pour les interrogatoires des demandeurs d'asile) ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire, entravant ainsi illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires.

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

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 3, Part 1**

**2006, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-1711-03  
2005 FC 1565

T-1711-03  
2005 CF 1565

**Secunda Marine Services Limited (Plaintiff)**

**Secunda Marine Services Limited (demanderesse)**

v.

c.

**Fabco Industries Limited (Defendant)**

**Fabco Industries Limited (défenderesse)**

**INDEXED AS : SECUNDA MARINE SERVICES LTD. v. FABCO INDUSTRIES LTD. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : SECUNDA MARINE SERVICES LTD. c. FABCO INDUSTRIES LTD. (C.F.)**

Federal Court, Harrington J.—Ottawa, October 28 and November 18, 2005.

Cour fédérale, juge Harrington—Ottawa, 28 octobre et 18 novembre 2005.

*Maritime Law — Insurance — Motion by defendant for summary judgment following damage caused by fire to plaintiff's ship — Plaintiff insured under builder's risk policy, recovering damages from underwriters — Action taken in plaintiff's name by underwriters in exercise of subrogation rights — Whether underwriters barred from taking subrogated action — Case law on subrogation reviewed — Cases relied upon by defendant not establishing rule of law underwriters on builder's risk policy prohibited from seeking subrogated recovery from contractor on insured project — Defendant asking Court to ignore precise wording of Marine Insurance Act, s. 81 — Motion dismissed.*

*Droit maritime — Assurance — Requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse pour les avaries causées au navire de la demanderesse à la suite d'un incendie — La demanderesse était assurée en vertu d'une police d'assurance des chantiers et son assureur l'a indemnisée — Action introduite au nom de la demanderesse par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation — Il s'agissait de savoir si il était interdit pour les assureurs d'intenter une action subrogatoire — Examen de la jurisprudence sur les droits de subrogation — La jurisprudence invoquée par la défenderesse ne permettait pas de conclure à l'existence d'une règle de droit voulant que, dans le cas d'une police d'assurance des chantiers, il est interdit à l'assureur d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur — La défenderesse demandait à la Cour d'ignorer le libellé précis de l'art. 81 de la Loi sur l'assurance maritime — Requête rejetée.*

*Practice — Parties — Subrogation — Plaintiff's underwriters suing defendant in exercise of subrogation rights under builder's risk policy — Whether underwriters prohibited from seeking subrogated recovery — Plaintiff not releasing defendant from liability — Subrogation cannot be obtained against insured itself — As matter of construction, defendant not insured under policy, underwriters not waiving subrogation rights — Underwriters on builder's risk insurance policy written on marine form, covering ship not prohibited from seeking subrogated recovery against contractor who damaged ship.*

*Pratique — Parties — Subrogation — Les assureurs de la demanderesse ont poursuivi la défenderesse en se prévalant des droits de subrogation de leur police d'assurance des chantiers — Leur était-il interdit d'exercer un recours subrogatoire? — La demanderesse n'a pas dégagé la défenderesse de sa responsabilité — L'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même — Sur le plan de l'interprétation, la défenderesse n'était pas un assuré au sens de la police et les assureurs n'ont pas renoncé à leurs droits de subrogation — L'assureur qui a consenti une police d'assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire peut exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur qui a causé des avaries au navire.*

*Practice — Summary Judgment — Motion for summary judgment by defendant in relation to damage caused by fire to plaintiff's ship — Court shall grant summary judgment if satisfied no genuine issue for trial — If satisfied only genuine issue question of law, Court may determine question — Sufficient evidence to determine whether as matter of law plaintiff's underwriters prohibited from seeking subrogated*

*Pratique — Jugement sommaire — Requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse pour les avaries causées au navire de la demanderesse à la suite d'un incendie — La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès — Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci — La Cour disposait de*

*recovery from defendant — Motion dismissed.*

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Under Constitution Act, 1867, s. 91(10), “Navigation and Shipping” within federal jurisdiction — Insurance not enumerated class of subject — S.C.C. holding marine insurance, although matter falling within property and civil rights, assigned under Constitution to Parliament as part of navigation, shipping — Canadian maritime law uniform throughout country, not including provincial law except as might be incidental to resolution of dispute — Courts may make incremental changes to maritime, common law to further requirements of justice, fairness — Defendant asking Court to read down explicit language of Marine Insurance Act — Fire during building, conversion of ship not only maritime peril at large, but peril covered by policy.*

This was a motion for summary judgment brought by the defendant in relation to damage caused by fire to the plaintiff’s ship while being restored. There was disagreement about the origin of the fire, but it was admitted that the plaintiff was insured under a builder’s risk policy and has been fully paid by its underwriters. In fact, the underwriters commenced the action in the plaintiff’s name in exercise of their subrogation rights. The defendant moved for dismissal of the action by way of summary judgment on the basis that “as a matter of law, underwriters of a Builder’s Risk Insurance Policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor or subcontractor on the project which was the subject of that policy.” It primarily relied on a rule of law, rather than upon the construction of its contract with the plaintiff and the wording of the plaintiff’s insurance policy. There were no exonerations from or limitations of liability clauses in the contract between the plaintiff and the defendant. There was not even a single word about insurance, or an indication that the plaintiff would insure the project, which could lead to an argument that the plaintiff had relieved the defendant from liability for losses caused by its negligence. The Insurance Policy, commonly referred to as a builder’s risk policy, covered the ship in question while undergoing refurbishment, overhaul and conversion. The plaintiff was not obliged under its contract with the defendant to name it as an insured. The subrogation clause provided that: “The Insured may, without prejudice, release prior to the happening of a loss, any persons or corporations from liability for loss from whatever cause arising to the within described property”. It

*suffisamment d’éléments de preuve pour être en mesure de décider si, en droit, il était interdit aux assureurs de la demanderesse d’exercer un recours subrogatoire contre la défenderesse — Requête rejetée.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — En vertu de l’art. 91(10) de la Loi constitutionnelle de 1867, le Parlement fédéral peut légiférer sur « la navigation et les bâtiments ou navires » — L’assurance n’entre dans aucune des catégories de sujets énumérés — Suivant la C.S.C., même si, à proprement parler, elle est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils, l’assurance maritime a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et les bâtiments ou navires — Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien et il n’incorpore aucune règle de droit provincial à l’exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige — La défenderesse demandait à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la Loi sur l’assurance maritime — L’incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d’un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police.*

Il s’agit d’une requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse en raison des avaries causées au navire de la demanderesse par un incendie survenu à l’occasion de travaux de radoub effectués sur le navire en question. Les parties ne s’entendaient pas sur l’origine de l’incendie, mais ont convenu que la demanderesse était assurée en vertu d’une police d’assurance des chantiers et que son assureur l’a indemnisée. En réalité, la présente action a été introduite au nom de la demanderesse par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation. La défenderesse a saisi la Cour d’une requête en rejet de l’action par voie de jugement sommaire parce que « en droit, il est interdit à l’assureur désigné dans une police d’assurance des chantiers d’exercer un recours subrogatoire contre l’entrepreneur ou le sous-traitant qui a effectué des travaux dans le cadre du projet faisant l’objet de la police en question ». Elle a surtout invoqué une règle de droit au lieu de se fonder sur l’interprétation du contrat qu’elle a signé avec la demanderesse ou sur le libellé de la police d’assurance souscrite par celle-ci. Le contrat ne renferme pas de clause d’exonération ou de limitation de responsabilité. Il est entièrement muet sur la question de l’assurance et ne renferme aucune stipulation permettant de penser que la demanderesse assurerait les travaux, ce qui aurait permis de prétendre qu’elle avait dégagé la défenderesse de toute responsabilité pour les pertes causées par sa négligence. Le contrat d’assurance, communément appelé « police d’assurance des chantiers », couvrait le navire pendant qu’il faisait l’objet de travaux de révision, de remise en état et de refonte. La demanderesse n’était pas obligée, aux termes du

was assumed that the plaintiff had not released the defendant from liability. The main issue was whether, as a matter of law, the underwriters were barred from taking a subrogated action, even if there were contra-indications in the construction contract and in the insurance policy.

*Held*, the motion should be dismissed.

In considering whether it was appropriate to grant summary judgment at this stage, the Court had to take into account the actual language of the construction contract and the insurance policy, the cases cited by both parties, the basic principles of insurance such as the identity of the insured, insurable interests and subrogation, the constitutional treatment of marine insurance in comparison with other forms of insurance and the doctrine of privity of contract, the general principle being that no one can enforce a promise unless he has given consideration for it. If the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial, it shall grant summary judgment. If the Court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, it may determine that question. There was sufficient evidence to determine whether the plaintiff's underwriters were prohibited from seeking subrogated recovery from the defendant, who admittedly was a contractor on the very project which was the subject of that policy.

In *Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, the Supreme Court of Canada began with the basic principle that subrogation cannot be obtained against the insured itself. That case, which dealt exclusively with the language of the policy, stood for the proposition that if a builder's risk policy specifically insures subcontractors as a class, the insurable interest of such subcontractors extends beyond its own property to the project as a whole, so as to deprive underwriters of subrogated rights. An underwriter who pays one co-insured cannot seek recovery from another co-insured. As a matter of construction, the defendant was not insured under the policy and the underwriters did not waive subrogation rights. There was no evidence that the plaintiff released the defendant. Indeed, it put it on notice immediately following the loss. The cases relied upon by the defendant did not establish a rule of law that underwriters on a builders' risk policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor on the insured project. The answer is to be found in the language used in the construction contract and in the

contrat qu'elle avait conclu avec la défenderesse, de désigner celle-ci comme assuré. La clause de subrogation stipulait : « L'assuré peut, sous réserve de ses droits et avant la survenance du sinistre, dégager toute personne physique ou morale de la responsabilité de tout sinistre attribuable à quelque cause que ce soit en rapport avec les biens décrits ». Il faut tenir pour acquis que la demanderesse n'avait pas dégagé la défenderesse de sa responsabilité. La principale question qui se posait était de savoir si, en droit, les assureurs étaient irrecevables à intenter une action subrogatoire et ce, même si le contrat de construction et la police d'assurance renfermaient des stipulations contraires.

*Jugement* : la requête est rejetée.

Pour décider s'il y avait lieu de rendre un jugement sommaire à ce stade, la Cour devait tenir compte du libellé même du contrat de construction et de la police d'assurance, de la jurisprudence citée par les deux parties, des principes fondamentaux de l'assurance tels que l'identité de l'assuré, l'intérêt assurable et la subrogation, ainsi que du traitement que la Constitution réserve à l'assurance maritime par rapport aux autres formes d'assurance, de même que de la règle du lien contractuel, le principe général étant que nul ne peut exiger l'exécution d'une prestation pour laquelle il n'a pas fourni de contrepartie. La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès. Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci. La Cour disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour être en mesure de décider s'il était interdit aux assureurs de la demanderesse d'exercer un recours subrogatoire contre la défenderesse qui, ainsi qu'il a été admis, agissait à titre d'entrepreneur dans le cadre des travaux qui faisaient l'objet de la police en question.

Dans l'arrêt *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil et autre*, la Cour suprême du Canada a d'abord rappelé le principe fondamental suivant lequel l'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même. Cet arrêt, qui portait exclusivement sur le libellé d'une police d'assurance, consacrait le principe suivant lequel si une police d'assurance des chantiers assure explicitement les sous-traitants en tant que groupe, l'intérêt assurable de ces sous-traitants ne s'applique pas uniquement à leurs propres biens mais aussi à l'ensemble de l'ouvrage, privant ainsi l'assureur du droit d'être subrogé dans les droits de l'assuré. L'assureur qui indemnise un coassuré ne peut tenter de récupérer cette somme auprès d'un autre coassuré. La défenderesse n'était pas un assuré au sens de la police et les assureurs n'ont pas renoncé à leurs droits de subrogation (il s'agit là d'une question d'interprétation). Rien ne permettait de penser que la demanderesse ait dégagé la défenderesse de toute responsabilité. Au contraire, elle lui a envoyé une mise en demeure immédiatement après la survenance du sinistre. La

policy. Marine insurance is treated quite differently constitutionally from other forms of insurance.

Under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament may make laws in relation to "Navigation and Shipping". Insurance is not an enumerated class of subject. However, the Supreme Court of Canada held that, although marine insurance is strictly speaking a matter falling within property and civil rights and as such a matter within provincial jurisdiction under subsection 92(13) of that Act, it was nevertheless assigned under the Constitution to Parliament as part of navigation and shipping. Marine insurance is not an application of insurance to the maritime area but a contract of maritime law. Canadian maritime law is uniform throughout the country, does not include provincial law except such law as might be necessarily incidental to the resolution of the dispute, and is based on English admiralty law as it was in 1934, subject to overriding Canadian statute and case law. The courts may make incremental changes to both maritime and common law to further the requirements of justice and fairness. The defendant was asking the Court to read down the explicit language of the *Marine Insurance Act*. As a matter of justice and fairness or policy, there was no need for such a change. A fire during building or conversion of a ship is not only a maritime peril at large, but a peril covered by the policy as it insured "against all risks of loss or damage to the subject-matter insured."

As a matter of law, underwriters on a builder's risk insurance policy written on a marine form and covering a ship are not prohibited from seeking subrogated recovery against a contractor who damaged that ship. Section 81 of the *Marine Insurance Act* specifically provides that on payment "the insurer becomes entitled to assume the interest of the insured in the whole or part of the subject-matter and is subrogated to all the rights and remedies of the insured in respect of the [insured]." If Parliament intended that there be a rule of law against subrogation on a builders' risk policy, it would have specifically said so. The defendant was not seeking an incremental change to judge-made law but was asking the Court to ignore the precise wording of a statute. Its motion for summary judgment was dismissed. There is no rule of law

jurisprudence invoquée par la défenderesse ne permettait pas de conclure à l'existence d'une règle de droit voulant que, dans le cas d'une police d'assurance des chantiers, il est interdit à l'assureur d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur. La réponse se trouve dans le libellé du contrat de construction et dans la police. Sur le plan constitutionnel, l'assurance maritime est traitée différemment des autres formes d'assurance.

En vertu du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral peut légiférer sur « La navigation et les bâtiments ou navires ». L'assurance n'entre dans aucune des catégories de sujets énumérés. La Cour suprême a toutefois statué que même si, à proprement parler, l'assurance maritime est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils et qu'elle relève par conséquent de la compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) de cette Loi, elle a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et des expéditions par eau. L'assurance maritime est un contrat de droit maritime et non une application de l'assurance au domaine maritime. Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien, il n'incorpore aucune règle de droit provincial à l'exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige et il se fonde sur le droit maritime privé anglais tel qu'il existait en 1934, sous réserve de la priorité d'une loi ou de la jurisprudence canadienne. Les tribunaux peuvent apporter des changements progressifs au droit maritime et à la common law pour répondre aux exigences de la justice et de l'équité. La défenderesse demandait à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la *Loi sur l'assurance maritime*. Pour des raisons de justice, d'équité ou de principe, ce changement n'était pas nécessaire. L'incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d'un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police, car celle-ci protège l'assuré « contre tous les risques d'avaries à la chose assurée ».

En droit, l'assureur qui a consenti une police d'assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire peut exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur qui a causé des avaries au navire. L'article 81 de la *Loi sur l'assurance maritime* prévoit expressément que l'assureur qui règle la perte de la chose assurée « acquiert l'intérêt de l'assuré dans tout ou partie de la chose et est subrogé dans tous les droits et recours de l'assuré relatifs à tout ou partie de celle-ci ». Si l'intention du législateur fédéral avait été d'interdire la subrogation dans le cas des polices d'assurance couvrant les chantiers, il l'aurait dit expressément. La défenderesse ne cherchait pas à obtenir un changement graduel à une règle de droit d'origine jurisprudentielle, mais demandait plutôt à la Cour d'ignorer le libellé précis d'un

which deprives underwriters on a builder's risk policy written on a marine form, the subject-matter of which is maritime property, of subrogation rights against non-insureds.

texte de loi. Sa requête en jugement sommaire a été rejetée. Il n'y a aucune règle de droit qui prive les assureurs dans le cadre d'une police d'assurance des chantiers rédigée sur un formulaire maritime et portant sur des biens maritimes de leurs droits de subrogation contre des tiers non assurés.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(10), 92(13), 101.  
*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* (U.K.), 1999, c. 31.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 213, 216(3).  
*Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22, ss. 2(1) "marine adventure", "maritime perils", 6(1), 81.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, [1978] 1 S.C.R. 317; (1976), 1 A.R. 161; 69 D.L.R. (3d) 558; [1976] 6 W.W.R. 219; [1976] I.L.R. 331; 12 N.R. 113; *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283; [1983] I.L.R. 6243; (1983), 54 N.R. 321; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; (1997), 153 D.L.R. (4th) 385; 158 Nfld. & P.E.I.R. 269; 37 B.L.R. (2d) 1; 48 C.C.L.I. (2d) 1; 40 C.C.L.T. (2d) 235; 221 N.R. 1; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108; (1999), 176 D.L.R. (4th) 257; [1999] 9 W.W.R. 380; 127 B.C.A.C. 287; 67 B.C.L.R. (3d) 213; 50 B.L.R. (2d) 169; 11 C.C.L.I. (3d) 1; 47 C.C.L.T. (2d) 1; [1999] I.L.R. 3717; 245 N.R. 88.

##### CONSIDERED:

*Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493; [1994] 5 W.W.R. 449; 42 B.C.A.C. 147; 89 B.C.L.R. 2d 18; 22 C.C.L.I. (2d) 175; 14 C.L.R. (2d) 22; [1994] I.L.R. 2961 (B.C.C.A.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329; 27 C.C.L.I. (2d) 201 (P.E.I.S.C. (T.D.)); *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143; [2002] 11 W.W.R. 330; 6 Alta. L.R. (4th) 323; 4 C.C.L.I. (4th) 37; 19 C.L.R. (3d) 63; 2001 ABQB

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* (R.-U.), 1999, ch. 31.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10), 92(13), 101.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 22.  
*Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22, art. 2(1) « opérations maritimes », « périls de mer », 6(1), 81.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 213, 216(3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd. et autre*, [1978] 1 R.C.S. 317; *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autres*, [1983] 1 R.C.S. 283; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493; [1994] 5 W.W.R. 449; 42 B.C.A.C. 147; 89 B.C.L.R. 2d 18; 22 C.C.L.I. (2d) 175; 14 C.L.R. (2d) 22; [1994] I.L.R. 2961 (C.A.C.-B.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329; 27 C.C.L.I. (2d) 201 (C.S. Î.-P.É. (1<sup>re</sup> inst.)); *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143; [2002] 11 W.W.R. 330; 6 Alta. L.R. (4th) 323; 4 C.C.L.I. (4th) 37; 19 C.L.R. (3d) 63;

1108; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.).

2001 ABQB 1108; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.).

REFERRED TO:

*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321; 23 B.L.R. (2d) 1; 86 O.A.C. 182 (C.A.); *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80; 152 D.L.R. (4th) 643; 35 C.L.R. (2d) 147; 104 O.A.C. 194 (C.A.); *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (Q.B.); *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 110 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d) 1; 143 N.R. 1; 31 W.A.C. 1; *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.); *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B. (Com. Ct.)); *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 91 (Q.B. (Com. Ct.)).

MOTION for summary judgment brought by the defendant on the basis that underwriters of a builder's risk insurance policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor or subcontractor on the project which was the subject of that policy. Motion dismissed.

APPEARANCES:

*Christopher J. Giaschi* for plaintiff.  
*A. William Moreira, Q.C.* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Giaschi & Margolis*, Vancouver, for plaintiff.  
*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Halifax, for defendant.

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

DÉCISIONS CITÉES :

*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321; 23 B.L.R. (2d) 1; 86 O.A.C. 182 (C.A.); *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80; 152 D.L.R. (4th) 643; 35 C.L.R. (2d) 147; 104 O.A.C. 194 (C.A.); *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (B.R.); *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 110 (H.L.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.); *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.); *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B.(Com. Ct.)); *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep. 91 (Q.B. (Com. Ct.)).

REQUÊTE en jugement sommaire présentée par la défenderesse au motif qu'il est interdit à l'assureur désigné dans une police d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur ou le sous-traitant qui a effectué des travaux dans le cadre du projet faisant l'objet de la police en question. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

*Christopher J. Giaschi* pour la demanderesse.  
*A. William Moreira, c.r.* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Giaschi & Margolis*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Halifax, pour la défenderesse.

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

[1] HARRINGTON J.: The plaintiff, Secunda Marine Services Limited, hired the defendant, Fabco Industries Limited, to work on a major refit of their ship, the *Burin Sea*. Instead, they burned her down, or so the story goes I'm told.

[2] Fabco tells quite a different story. Although it admits that a fire broke out while its employees were welding, it denies that the fire, and subsequent damage, arose from a breach of contract or breach of any other legal duty. It alleges that at the time of the fire, it was Secunda who was supervising the work. In the alternative, it further alleges that Secunda itself caused, or contributed to the fire in a number of ways such as by its failure to maintain a fire watch and by placing combustible materials in a space which had been certified for hot work. These are all triable issues.

[3] More to the point, Fabco alleges that Secunda was insured under a builder's risk policy and has recovered from its underwriters. Secunda admits that allegation. In reality, this action has been taken in Secunda's name by underwriters in exercise of their subrogation rights.

[4] Fabco says that the underwriters are barred from suing it because it is an unnamed insured under the policy, or at least benefits from a waiver of subrogation. In either case, it does not matter if it would otherwise be liable for the damage caused by the fire; this action is doomed to fail.

[5] Fabco moves for dismissal of the action by way of summary judgment, because, to use its words: "as a matter of law, underwriters of a Builder's Risk Insurance Policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor or subcontractor on the project which was the subject of that policy." It is significant that Fabco primarily relies on a rule of law, rather than upon the construction of its contract with

[1] LE JUGE HARRINGTON : La demanderesse, Secunda Marine Services Limited, a engagé la défenderesse, Fabco Industries Limited, pour procéder à d'importants travaux de radoub sur son navire, le *Burin Sea*, qui, au lieu de cela, a été réduit en cendres. C'est du moins ce qui a été rapporté à la Cour.

[2] Fabco donne une version des faits tout à fait différente. Bien qu'elle admette qu'un incendie ait éclaté à bord du navire alors que ses employés étaient en train d'effectuer des travaux de soudure, Fabco nie que l'incendie et les avaries qu'il a causées découlent d'une rupture de contrat ou d'un manquement à une autre obligation légale. Elle soutient qu'au moment où l'incendie a éclaté, c'était Secunda qui surveillait les travaux. À titre subsidiaire, elle ajoute que Secunda a elle-même causé l'incendie ou y a contribué de plusieurs façons, notamment en ne prévoyant pas de piquet d'incendie et en plaçant des matières combustibles à un endroit faisant l'objet d'un permis de travaux à haute température. Toutes ces questions sont susceptibles d'être tranchées par la justice.

[3] Plus précisément, Fabco allègue que Secunda était assurée en vertu d'une police d'assurance des chantiers et que son assureur l'a indemnisée. Secunda admet ces faits. En réalité, la présente action a été introduite au nom de Secunda par ses assureurs, qui se sont prévalus de leurs droits de subrogation.

[4] Suivant Fabco, les assureurs sont irrecevables à la poursuivre parce qu'elle est un assuré non nommé dans la police ou qu'à tout le moins elle bénéficie d'une renonciation à la subrogation. Dans un cas comme dans l'autre, il importe peu qu'elle soit par ailleurs responsable des avaries causées par l'incendie, puisque de toute façon la présente action est vouée à l'échec.

[5] Fabco a saisi la Cour d'une requête en rejet de l'action par voie de jugement sommaire parce que, pour reprendre ses propres paroles, [TRADUCTION] « en droit, il est interdit à l'assureur désigné dans une police d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur ou le sous-traitant qui a effectué des travaux dans le cadre du projet faisant l'objet de la police en question ». Il est intéressant de

Secunda and the wording of Secunda's insurance policy.

[6] Secunda does not oppose the motion. Rather, it welcomes it and actually treats it as an opportunity to have this insurance point decided at an early stage of the proceedings. Indeed, in the spirit of co-operation which one has come to expect from the admiralty bar, the parties set aside two potentially thorny issues in the hope that the Court would deal with Fabco's motion on the merits. The first point is the deductible under Secunda's policy. The parties have reached a side agreement which allows the Court to proceed on the basis that Secunda was fully paid. The second point is whether, as a matter of construction of the policy, Secunda had to release Fabco from liability prior to the loss in order that the underwriters be deprived of their subrogation rights. Fabco says it does not matter whether or not Secunda had released it from liability because, in any event, the underwriters are barred from pursuing it as a rule of law. However, if it is wrong and the action proceeds further, it reserves the right to introduce evidence that Secunda had released it from liability.

[7] Secunda takes the position that the cases relied upon by Fabco, which deal with land-based construction projects, and thus governed by provincial law, do not establish any such rule of law. Rather they were grounded in the specific language of the construction contracts and the insurance policies in question. Alternatively, if they do stand for such a rule it should not be extended to marine insurance which, unlike other forms of insurance, is a federal matter under the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].

[8] The case raises a number of interesting points. The Court must consider whether it is appropriate to grant

constater que Fabco invoque surtout une règle de droit au lieu de se fonder sur l'interprétation du contrat qu'elle a signé avec Secunda ou sur le libellé de la police d'assurance souscrite par Secunda.

[6] Secunda ne conteste pas la requête. Au contraire, elle s'en réjouit et elle y voit plutôt une occasion de faire trancher cette question d'assurance *in limine litis*. D'ailleurs, dans l'esprit de collaboration auquel on s'attend habituellement de la part d'avocats exerçant en droit maritime, les parties ont écarté deux questions potentiellement épineuses dans l'espoir que la Cour statue sur le fond de la requête de Fabco. La première de ces questions est la franchise prévue au contrat de Secunda. Les parties ont conclu une entente parallèle qui permet à la Cour de tenir pour acquis que Secunda a été indemnisée intégralement. La seconde question porte sur l'interprétation de la police; elle consiste à savoir si, pour que les assureurs puissent être privés de leurs droits de subrogation, Secunda devait dégager Fabco de toute responsabilité avant le sinistre. Fabco soutient qu'il importe peu que Secunda ait dégagé sa responsabilité parce qu'en tout état de cause, les assureurs sont irrecevables, en droit, à la poursuivre. Si toutefois elle a tort et que l'instruction de l'action doit se poursuivre, Fabco se réserve le droit de présenter des éléments de preuve démontrant que Secunda l'avait effectivement dégagée de toute responsabilité.

[7] Secunda adopte le point de vue selon lequel les décisions citées par Fabco, qui portent sur des projets de construction terrestres et qui sont donc régis par les lois provinciales, ne créent pas une telle règle de droit. Il s'agissait plutôt de cas d'espèce reposant sur le libellé précis des contrats de construction et des polices d'assurance en cause. À titre subsidiaire, si l'on peut effectivement conclure à l'existence d'une telle norme de droit à partir de cette jurisprudence, cette norme ne s'applique pas en matière d'assurance maritime qui, à la différence des autres types d'assurance, relève de la compétence fédérale en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].

[8] La présente affaire soulève plusieurs points intéressants. La Cour doit décider s'il y a lieu de rendre

summary judgment at this stage. In reaching a decision, the Court must take into account the actual language of the construction contract and of the insurance policy, the cases cited by both parties, basic principles of insurance such as the identity of the insured, insurable interests and subrogation, the constitutional treatment of marine insurance in comparison with other forms of insurance and the doctrine of privity of contract, the general principle being that no one can enforce a promise unless he has given consideration for it.

#### PRINCIPLES OF SUMMARY JUDGMENT

[9] Motions for summary judgment are governed by *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], rule 213 and following. If the Court is satisfied that there is no genuine issue for trial, it shall grant summary judgment. If the Court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, it may determine that question. It may also grant part of the application so that the action would then continue on a restricted basis. Subsection 216(3) of the Rules contemplates that the Court may not only dismiss the application but in so doing may actually grant summary judgment in favour of the respondent.

[10] I am satisfied that there is sufficient evidence before me to determine whether as a matter of law Secunda's underwriters are prohibited from seeking subrogated recovery from Fabco, who admittedly was a contractor on the very project which was the subject of that policy.

#### ISSUES

[11] The first issue is whether, as a matter of construction, the underwriters are prohibited from seeking subrogated recovery. In exercising their subrogated rights, they are in no better position than Secunda itself. If Fabco is not liable to Secunda, then the action must fail. The underwriters would also be barred if Fabco is an insured under the policy, or at least

un jugement sommaire à cette hauteur-ci de la procédure. Pour ce faire, la Cour doit tenir compte du libellé même du contrat de construction et de la police d'assurance, de la jurisprudence citée par les deux parties, des principes fondamentaux de l'assurance tels que ceux de l'identité de l'assuré, de l'intérêt assurable et de la subrogation, ainsi que du traitement que la Constitution réserve à l'assurance maritime par rapport aux autres formes d'assurance, de même que de la règle du lien contractuel, le principe général étant que nul ne peut exiger l'exécution d'une prestation pour laquelle il n'a pas fourni de contrepartie.

#### PRINCIPES RÉGISSANT LES JUGEMENTS SOMMAIRES

[9] Les requêtes en jugement sommaire sont régies par les règles 213 et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas matière à procès. Si la Cour est convaincue que la seule véritable question litigieuse est un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci. Elle peut également faire droit à la requête en partie, de sorte que l'instruction de l'action peut se poursuivre sur les autres questions en litige. Le paragraphe 216(3) des règles permet à la Cour de ne pas se contenter de rejeter la requête, mais de prononcer aussi un jugement sommaire en faveur du défendeur.

[10] Je suis convaincu que je dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour être en mesure de décider si, en droit, il est interdit aux assureurs de Secunda d'exercer un recours subrogatoire contre Fabco qui, ainsi qu'il a été admis, agissait à titre d'entrepreneur dans le cadre des travaux qui faisaient l'objet de la police en question.

#### QUESTIONS EN LITIGE

[11] La première question à trancher, qui en est une d'interprétation, consiste à se demander s'il est interdit aux assureurs d'exercer un recours subrogatoire. En exerçant leurs droits de subrogés, les assureurs ne se retrouvent pas dans une meilleure position que Secunda elle-même. Si Fabco n'est pas responsable envers Secunda, l'action doit alors être rejetée. Les assureurs

a third party beneficiary of a waiver of subrogation clause.

[12] The second issue is whether as a matter of law the underwriters are barred from taking a subrogated action, even if there are contra-indications in the construction contract and in the insurance policy.

[13] Finally, if, as a matter of law, underwriters on a builder's risk insurance policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor, does that principle extend to marine insurance?

#### The Contract Between Secunda and Fabco

[14] Secunda acted as its own general contractor. Its contract with Fabco is to be found in letters and purchase orders. Daly Snow, Fabco's president at the time, describes it well. "In very general terms, the scope of work to be performed . . . was modification of the steel hull, superstructure and equipment of Burin Sea, including welding services." He went on to admit "a fire broke out in the Burin Sea's bridge following welding of a beam by one of Fabco's employees."

[15] There are no exoneration from or limitation of liability clauses in the contract. There is not even a single word about insurance, or an indication that Secunda would insure the project, which could lead to an argument that Secunda had relieved Fabco from liability for losses caused by its negligence (*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321 (C.A.)).

#### The Insurance Policy

[16] Turning now to the policy, which is in a manuscript form prepared by Secunda's broker, Sedgwick Limited; it is entitled a "Policy of Insurance". However, it is clear, and it is not disputed, that it is what

seraient également irrecevables à poursuivre Fabco si celle-ci est assurée en vertu de la police ou si elle est à tout le moins tiers bénéficiaire d'une renonciation à la clause de subrogation.

[12] La deuxième question qui se pose est celle de savoir si, en droit, les assureurs sont irrecevables à intenter une action subrogatoire et ce, même si le contrat de construction et la police d'assurance renferment des stipulations contraires.

[13] Enfin, si, en droit, il est interdit aux assureurs ayant consenti une police d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur, ce principe vaut-il aussi en matière d'assurance maritime?

#### Contrat conclu entre Secunda et Fabco

[14] Secunda agissait comme son propre entrepreneur général. Le contrat qu'elle a conclu avec Fabco se trouve dans des lettres et des bons de commande. M. Daly Snow, qui était président de Fabco à l'époque, explique bien la situation : [TRADUCTION] « De façon très générale, les travaux à effectuer, qui comprenaient de la soudure, consistaient à modifier la coque en acier, la superstructure et l'équipement du Burin Sea ». Il admet qu' [TRADUCTION] « un incendie s'est déclaré sur le pont du Burin Sea alors qu'un des employés de Fabco était en train de souder une poutre ».

[15] Le contrat ne renferme pas de clause d'exonération ou de limitation de responsabilité. Il est entièrement muet sur la question de l'assurance et ne renferme aucune stipulation permettant de penser que Secunda assurerait les travaux, ce qui aurait permis de prétendre que Secunda avait dégagé Fabco de toute responsabilité pour les pertes causées par sa négligence (*St. Lawrence Cement Inc. v. Wakeham & Sons Ltd.* (1996), 26 O.R. (3d) 321 (C.A.)).

#### La police d'assurance

[16] Je passe maintenant à l'examen du contrat d'assurance, un document manuscrit établi par le courtier de Secunda, Sedgwick Limited, et intitulé [TRADUCTION] « police d'assurance ». Il est toutefois

is commonly referred to as a builder's risk policy. It covered the *Burin Sea* and the *Trinity Sea* "whilst undergoing refurbishment, overhaul and conversion." It incorporates the "Institute Clauses for Builders' Risk" and had been characterized by all concerned as that type of policy. I am satisfied that the refit of the *Burin Sea* was a construction project of greater magnitude than the work carried out in some of the cases Fabco cites.

[17] The insured and loss payees are Secunda and Canadian Imperial Bank of Commerce. As is fairly common in marine matters, it is a valued policy: \$15,500,000 for each ship.

[18] The underwriters agreed "to insure against loss or damage liability or expense in the proportions and manner hereinafter provided." There is no specific provision extending the property aspects of the policy to property not owned by the insured.

[19] Two clauses require specific consideration. The "Additional assureds and waivers of subrogation" clause and the "Subrogation" clause.

[20] The policy covered the assureds' "subsidiary, affiliated or interrelated companies." Fabco is not such a company. However, the clause continues:

Privilege is hereby granted the Assured to name others as required by contract or for whom the Assured is performing work as additional assureds on this policy, provided the Assured shall have exercised this option prior to loss. Privilege is also granted the Assured to release from liability others as required by contract or for whom the Assured is performing operations or who are performing operations for the Assured, provided the Assured shall have exercised this option prior to loss; and these insurers waive all rights of subrogation against any parties so released.

manifeste et acquis aux débats qu'il s'agit de ce qu'on appelle communément une police d'assurance des chantiers. La police couvrait le *Burin Sea* et le *Trinity Sea* [TRADUCTION] « pendant qu'ils font l'objet de travaux de révision, de remise en état et de refonte ». On y trouve les clauses types de polices d'assurance maritime des chantiers et c'est ainsi qu'elle était considérée par tous les intéressés. Je suis convaincu que le radoub du *Burin Sea* était un projet de construction d'une plus grande envergure que les travaux effectués dans certaines des affaires citées par Fabco.

[17] Les assurés et les bénéficiaires sont Secunda et la Banque Canadienne Impériale de Commerce. Comme il est assez courant en matière maritime, il s'agissait d'une police à valeur agréée de 15 500 000 \$ qui couvrait chacun des navires en question.

[18] Les assureurs acceptaient [TRADUCTION] « d'assurer contre tout sinistre ou toute responsabilité pour avaries ou dépenses dans les proportions et selon les modalités ci-après précisées ». Il n'y a pas de stipulation expresse prévoyant l'application des dispositions relatives aux biens assurés à des biens n'appartenant pas à l'assuré.

[19] Il y a deux clauses qui méritent un examen plus attentif : celle intitulée [TRADUCTION] « assurés supplémentaires et renonciation à la subrogation » et la clause de subrogation.

[20] La police couvrait les [TRADUCTION] « filiales et sociétés affiliées ou apparentées » de l'assuré. Fabco ne répond pas à cette définition. La clause se poursuit toutefois comme suit :

[TRADUCTION] L'assuré se voit conférer par la présente le privilège de désigner comme assurés supplémentaires d'autres personnes, selon que l'exige le contrat, ou d'autres personnes pour lesquelles l'assuré effectue des travaux, à la condition qu'il exerce ce choix avant la survenance du sinistre. L'assuré se voit également conférer le privilège de dégager de toute responsabilité d'autres personnes, selon que l'exige le contrat ou pour lesquelles l'assuré effectue des travaux ou qui effectuent des travaux pour lui, à la condition qu'il exerce ce choix avant la survenance du sinistre. Les assureurs renoncent à tous leurs droits de subrogation contre ces personnes.

Secunda was not obliged under its contract with Fabco to name Fabco as an insured. I am also to presume that it did not in fact name Fabco to the underwriters.

[21] The subrogation clause provides: “The Insured may, without prejudice, release prior to the happening of a loss, any persons or corporations (including transportation companies), from liability for loss from whatever cause arising to the within described property.” Again, I am to act on the assumption that Secunda had not released Fabco from liability.

#### The Cases: Insureds and Subrogation

[22] It is convenient to consider the cases relied upon by Fabco at this stage. Fabco recognizes that the earlier cases it cites were anchored in the specific language of the construction contract and the insurance policy before the Court, but submits the more recent cases have advanced to the stage that what had been a rule of construction has now become a rule of law.

[23] Fabco begins with the decision of Mr. Justice de Grandpré in *Commonwealth Construction Co. Ltd. v. Imperial Oil Ltd. et al.*, [1978] 1 S.C.R. 317. Imperial Oil had retained the services of a general contractor for the construction of a fertilizer plant. Commonwealth Construction was a subcontractor whose workmen negligently caused a fire, which resulted in slight damage to its own property and to the portion of the project on which it was engaged. However, extensive damage was caused to the remainder of the project. Imperial had taken out a multi-peril policy which described the insured as “Imperial Oil Ltd. . . . and any of their contractors and subcontractors.”

[24] The loss payable clause was in favour of “Insured or order.”

[25] It was agreed that Commonwealth Construction was insured with respect to damage to its own property,

Secunda n’était pas obligée, aux termes du contrat qu’elle avait conclu avec Fabco, de désigner Fabco comme assuré. Je dois également présumer qu’elle n’a effectivement pas signalé l’existence de Fabco aux assureurs.

[21] La clause de subrogation stipule : [TRADUCTION] « L’assuré peut, sous réserve de ses droits et avant la survenance du sinistre, dégager toute personne physique ou morale (y compris les sociétés de transport) de la responsabilité de tout sinistre attribuable à quelque cause que ce soit en rapport avec les biens décrits ». Là encore, je dois tenir pour acquis que Secunda n’avait pas dégagé Fabco de sa responsabilité.

#### La jurisprudence : assurés et subrogation

[22] Il convient à ce moment-ci de se pencher sur la jurisprudence invoquée par Fabco. Fabco reconnaît que les premières décisions qu’elle cite reposaient sur le libellé propre au contrat de construction et à la police d’assurance soumis au tribunal dans ces affaires. Elle signale cependant que, dans les décisions plus récentes, ce qui était jusque-là une règle d’interprétation s’est graduellement transformé en règle de droit.

[23] Fabco cite d’abord la décision du juge de Grandpré dans l’affaire *Commonwealth Construction Co. Ltd. c. Imperial Oil Ltd. et autre*, [1978] 1 R.C.S. 317. Imperial Oil avait retenu les services d’un entrepreneur général pour la construction d’une usine d’engrais. Commonwealth Construction était un sous-traitant. Ses ouvriers avaient causé par leur négligence un incendie qui s’était soldé par de légers dommages à ses propres biens et à la partie de l’ouvrage qui lui avait été confiée. Le reste de l’ouvrage avait toutefois subi des dommages importants. Imperial avait souscrit une police d’assurance multirisque qui désignait comme assuré [TRADUCTION] « Imperial Oil Ltd. [ . . . ] et tous leurs entrepreneurs et sous-traitants ».

[24] La police prévoyait que l’indemnité était payable [TRADUCTION] « à l’assuré ou à son ordre ».

[25] Il était acquis aux débats que Commonwealth Construction était assurée pour ses propres biens, et que

which was in the amount of \$305. The real issue was not whether Commonwealth Construction was an insured, but whether it was only insured to the extent of the portion of the work it performed under the subcontract.

[26] The Court began with the basic principle that subrogation cannot be obtained against the insured itself. The policy covered:

... all materials, machinery, equipment including labour charges, and all other property of any nature whatsoever owned by Insured or in which the Insured may have an interest or responsibility or for which the Insured may be liable or assume liability prior to loss or damage to be used or incidental to the fabrication, installation, completion, upkeep, expansion, modification, and all other changes or extensions (whether defined herein or not), all pertaining to the Fertilizer Plant situated at Redwater, Alberta.

[27] Mr. Justice de Grandpré said the issue was whether in the context of a construction contract, the various trades, prior to the loss, had such a relationship with the entire works that their potential liability for damage thereto constituted an insurable interest in the whole.

[28] Drawing on the principles of bailment, and the bailee's risk of liability, the Court held that Commonwealth Construction had an insurable interest in the project as a whole.

[29] Fabco seizes upon Mr. Justice de Grandpré's underlying philosophy. He said at pages 323-324:

On any construction site, and especially when the building being erected is a complex chemical plant, there is ever present the possibility of damage by one tradesman to the property of another and to the construction as a whole. Should this possibility become reality, the question of negligence in the absence of complete property coverage would have to be debated in court. By recognizing in all tradesmen an insurable interest based on that very real possibility, which itself has its source in the contractual arrangements opening the doors of

la valeur des dommages qu'elle avait subis s'établissait à 305 \$. La véritable question en litige n'était pas de savoir si Commonwealth Construction était assurée, mais si elle n'était assurée que jusqu'à concurrence de la valeur de la partie des travaux qu'elle avait exécutée en vertu du contrat de sous-traitance.

[26] La Cour a d'abord rappelé le principe fondamental suivant lequel l'assureur ne peut jamais être subrogé contre l'assuré lui-même. La police couvrait les risques suivants :

[TRADUCTION] [...] tous matériaux, machinerie, équipement, y compris les frais de main-d'œuvre et tous autres biens, de quelque nature qu'ils soient, dont l'assuré est propriétaire ou à l'égard desquels l'assuré peut avoir un intérêt ou une responsabilité ou dont l'assuré peut être responsable ou assumer la responsabilité antérieurement au sinistre, utilisables ou accessoires à la fabrication, l'installation, l'achèvement des travaux, l'entretien, l'agrandissement, la modification et tous autres changements ou prolongements (qu'ils soient définis aux présentes ou non) relatifs à l'usine d'engrais sise à Redwater, Alberta.

[27] Le juge de Grandpré a expliqué qu'il s'agissait de savoir si, dans le contexte des contrats de construction, les différents corps de métier avaient, avant la survenance du sinistre, une relation telle avec l'ensemble des travaux que leur responsabilité virtuelle constituait un intérêt assurable sur l'ensemble.

[28] S'inspirant des principes du dépôt et de la responsabilité du dépositaire, la Cour a jugé que Commonwealth Construction avait un intérêt assurable sur l'ensemble de l'ouvrage.

[29] Fabco s'appuie sur le raisonnement sous-jacent du juge de Grandpré, qui déclare ce qui suit, aux pages 323 et 324 :

Dans tout chantier, et plus particulièrement quand le bâtiment qui est érigé est une usine complexe de produits chimiques, la possibilité qu'un homme de métier cause un dommage, aux biens d'un autre et à la construction dans son ensemble est omniprésente. Si elle devient réalité, la question de la négligence, en l'absence d'une assurance générale contre les dommages matériels, devra être portée devant les tribunaux. En reconnaissant à tous les hommes de métier un intérêt assurable fondé sur cette possibilité très réelle, qui elle-même

the job site to the tradesmen, the courts would apply to the construction field the principle expressed so long ago in the area of bailment. Thus all the parties whose joint efforts have one common goal, e.g., the completion of the construction, would be spared the necessity of fighting between themselves should an accident occur involving the possible responsibility of one of them.

[30] However, it is clear that he was basing himself on the language of the contracts. He said at page 328:

It follows that the clause upon which the insurers rely to claim subrogation in the case at bar, does not support their contention. By that clause, the policy makes it clear that it is only to the rights of the group against outside parties that the insurers are entitled to proceed by way of subrogation.

The conclusion I have expressed is based on an ordinary reading of the subrogation clause as well as on the general text of the policy. In my eyes, it also conforms to the intent of the drafters of this type of insurance, as well as to the intent of the parties to the construction contract in the case at bar.

[31] *Commonwealth Construction* dealt exclusively with the language of the policy. The Court expressly refrained from considering the terms and conditions of Commonwealth Construction's contract with the general contractor. The case stands for the proposition that if a builder's risk policy specifically insures subcontractors as a class, the insurable interest of such subcontractors extends beyond its own property to the project as a whole, so as to deprive underwriters of subrogated rights. An underwriter who pays one co-insured cannot seek recovery from another co-insured.

[32] Fabco also relies on three subsequent cases decided on the same policy wording:

This policy, except as herein provided, insures

(a) property in the course of construction, installation, reconstruction or repair

(i) owned by the insured;

(ii) owned by others, provided that the value of such property is included in the amount insured;

trouve sa source dans les contrats leur donnant accès au chantier, les tribunaux appliqueraient au domaine de la construction le principe établi depuis si longtemps en matière de dépôt. Ainsi on éviterait à toutes les parties dont les efforts conjoints ont un but commun, à savoir l'achèvement des travaux, la nécessité de s'attaquer en cas d'accident impliquant la responsabilité éventuelle de l'un d'entre eux.

[30] Il est toutefois évident que le juge se fondait sur le libellé des contrats. Voici ce qu'il écrit à la page 328 :

Il s'ensuit que la clause sur laquelle se fondent les assureurs pour invoquer la subrogation en l'espèce, n'appuie pas leur prétention. Cette clause de la police indique clairement que c'est uniquement sur les droits du groupe à l'encontre de tiers que les assureurs peuvent agir par voie de subrogation.

Ma conclusion est fondée sur le libellé de la clause de subrogation, aussi bien que sur l'ensemble de la police. Selon moi, elle est également conforme à l'intention des rédacteurs de ce genre d'assurance, aussi bien qu'à celle des parties au contrat de construction en l'espèce.

[31] L'affaire *Commonwealth Construction* portait exclusivement sur le libellé d'une police d'assurance. La Cour s'est expressément abstenue d'examiner les modalités du contrat intervenu entre Commonwealth Construction et l'entrepreneur général. Cet arrêt consacre le principe suivant lequel si une police d'assurance des chantiers assure explicitement les sous-traitants en tant que groupe, l'intérêt assurable de ces sous-traitants ne s'applique pas uniquement à leurs propres biens mais aussi à l'ensemble de l'ouvrage, privant ainsi l'assureur du droit d'être subrogé dans les droits de l'assuré. L'assureur qui indemnise un coassuré ne peut tenter de récupérer cette somme auprès d'un autre coassuré.

[32] Fabco cite également trois autres décisions qui portaient sur la même clause d'une police d'assurance :

[TRADUCTION] Cette police couvre les risques suivants :

a) les biens qui, lors des travaux de construction, d'installation, de reconstruction ou de réparation :

(i) appartiennent à l'assuré;

(ii) appartiennent à autrui, à condition que la valeur des biens en question soit incluse dans le montant assuré;

all to enter into and form part of the completed project including expendable materials and supplies not otherwise excluded, necessary to complete the project.

The three cases are: *Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493 (B.C.C.A.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329 (P.E.I.S.C. (T.D.)) and *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 152 D.L.R. (4th) 643 (C.A.).

[33] Another case relied upon by Fabco, *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (Q.B.), had very similar wording.

[34] In each of these cases the contractor, or subcontractor, was a member of an insured class, i.e. those whose property was computed in the insured value. It follows, based on *Commonwealth Construction*, that their insurable interest extended to the entire project so that having paid a coinsured, underwriters were barred from seeking recovery from another coinsured. Indeed, all four cases make reference to the intention of the parties.

[35] However, Fabco submits that some of the policy considerations referred to were independent from the actual language of the contracts. In *Sylvan*, the British Columbia Court of Appeal said [at page 497] that “Canadian law treats the builders’ risk policy as a unique species of insurance contract.” Certainly, this type of all-risk or multi-risk policy is not identified by name in non-marine insurance statutes. Nominate provincial policies may include automobile, fire, life, accident and sickness, livestock and home warranties.

[36] *Redmond* may have gone a step further by referring to public policy. Nevertheless, DesRoches J., as he then was, concluded at paragraph 25: “My finding

et qui font tous partie de l’ouvrage une fois celui-ci achevé, y compris le matériel non réutilisable et les fournitures non autrement exclues, qui sont nécessaires pour réaliser l’ouvrage en question.

Ces trois décisions sont les suivantes : *Sylvan Industries Ltd. v. Fairview Sheet Metal Works Ltd.* (1994), 113 D.L.R. (4th) 493 (C.A.C.-B.); *Earl A. Redmond Inc. v. Blair LaPierre Inc.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I.R. 329 (C.S. Î-P-É. (1<sup>re</sup> inst.)) et *Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (1997), 36 O.R. (3d) 80; 643 (C.A.).

[33] Une autre affaire citée par Fabco, *Timcon Construction Ltd. v. Riddle, McCann, Tattenbury & Assoc. Ltd.* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 134 (B.R.), portait sur un texte très semblable.

[34] Dans chacune de ces affaires, l’entrepreneur ou le sous-traitant faisait partie d’une catégorie d’assurés, c’est-à-dire d’une catégorie de personnes dont les biens entraient dans le calcul de la valeur assurée. Il s’ensuit, selon l’arrêt *Commonwealth Construction*, que leur intérêt assurable englobait tous les travaux, de sorte qu’après avoir indemnisé un des coassurés, les assureurs étaient irrecevables à réclamer un remboursement d’un autre coassuré. D’ailleurs, dans ces quatre décisions, le tribunal fait allusion à l’intention des parties.

[35] Fabco fait toutefois valoir que certaines des considérations de principe susmentionnées n’avaient rien à voir avec le libellé même des contrats. Ainsi, dans l’arrêt *Sylvan*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique [à la page 497] a expliqué que [TRADUCTION] « le droit canadien considère la police d’assurance des chantiers comme un type unique de contrat d’assurance ». Certes, ce type de police d’assurance tous risques ou multirisque n’est pas nommément désigné dans les lois d’assurance terrestre. Parmi les contrats nommés d’assurance provinciaux, il y a lieu de mentionner notamment l’assurance-automobile, l’assurance-incendie, l’assurance-vie, l’assurance-accident et maladie, l’assurance du bétail et les garanties résidentielles.

[36] Dans le jugement *Redmond*, le tribunal a peut-être franchi un pas de plus évoquant l’ordre public. Quoi qu’il en soit, le juge DesRoches, qui était alors

is based on the wording of the Builders' All Risk policy issued to the plaintiff and on article 12 of the contract between the plaintiff and the defendant, as well as on considerations of public policy and the jurisprudence on the issue."

[37] It is important not to take statements in isolation and build too much upon them. See *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep 110 (H.L.) a decision relied upon in *Commonwealth Construction*. As Lord Reid noted, the question of whether a bailee has taken out a goods policy or whether he is only insured against personal loss or liability must depend on the true construction of the policy.

[38] Another decision relied upon by Fabco is *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143, a decision of the Alberta Court of Queen's Bench. This case went further than other builders' risk policies in that the policy, unlike those referred to above, did not specifically cover property of subcontractors the value of which was included in the value of the work. Nevertheless, the Court held that the property coverage in question which was on "buildings while in the course of construction" would include the work of subcontractors as the value of a construction project necessarily includes the sum of materials, supplies and labour of the subcontractors. The Court concluded that the subcontractor Thibeault was an unnamed insured under the policy, especially in light of the commercial purposes of such policies.

[39] One could argue that since the scope of coverage in the case at bar was on "the vessels *Burin Sea* and *Trinity Sea* whilst undergoing refurbishment, overhaul and conversion", Fabco was a co-insured under the policy. Even if that proposition were true, which I doubt, in this case any such presumption is rebutted by the specific language of the insurance policy. In order to be insured, Secunda was required "to name others as additional assureds on this policy". That option had to

juge de première instance, dit ce qui suit au paragraphe 25 : [TRADUCTION] « Ma conclusion repose sur le libellé de la police d'assurance des chantiers qui a été établie en faveur de la demanderesse et sur l'article 12 du contrat intervenu entre la demanderesse et la défenderesse, ainsi que sur des considérations d'ordre public et sur la jurisprudence portant sur la question ».

[37] Il importe de ne pas prendre ces énoncés isolément et de ne pas trop tabler sur eux. Mentionnons, à ce propos, la décision *A. Tomlinson (Hauliers), Ltd. v. Hepburn*, [1966] 1 Lloyd's Rep 110 (H.L.), citée dans l'arrêt *Commonwealth Construction*. Ainsi que lord Reid l'a signalé, la réponse à la question de savoir si un dépositaire a souscrit une police sur des biens ou s'il n'est assuré que contre ses pertes ou sa responsabilité personnelle dépend de l'interprétation de la police.

[38] Fabco invoque également la décision *529198 Alberta Ltd. v. Thibeault Masonry Ltd.* (2001), 306 A.R. 143, où la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta est allée plus loin que dans les affaires précédentes portant sur les polices d'assurance des chantiers. En effet, à la différence des polices déjà évoquées, la police en question ne couvrait pas explicitement les biens des sous-traitants dont la valeur était comprise dans la valeur des travaux. La Cour a néanmoins jugé que la couverture des biens en question qui protégeait [TRADUCTION] « les bâtiments en cours de construction » englobait le travail des sous-traitants, étant donné que la valeur d'un projet de construction comprend nécessairement la somme des matériaux, des fournitures et de la main-d'œuvre des sous-traitants. La Cour a estimé que le sous-traitant Thibeault était un assuré non nommé visé par la police, compte tenu surtout des fins commerciales de ce type de police.

[39] On pourrait soutenir que, comme en l'espèce la garantie couvrait [TRADUCTION] « le *Burin Sea* et le *Trinity Sea* pendant qu'ils font l'objet de travaux de révision, de remise en état et de refonte », Fabco était coassurée en vertu de la police. Mais même si cette proposition était vraie, ce dont je doute, dans le cas qui nous occupe toute présomption en ce sens est réfutée par le libellé explicite de la police d'assurance. Pour être assurée, Secunda devait [TRADUCTION] « désigner

be exercised prior to the loss. I have been asked to proceed on the basis that Secunda did not name Fabco as an insured at any time.

[40] To conclude on this point, I hold, that as a matter of construction, Fabco is not insured under the policy. Quite apart from that, underwriters, as noted in such cases as *Commonwealth Construction*, may waive subrogation rights. However, and again as a matter of construction, the underwriters did not do so, as it was a policy requirement that Secunda “release prior to the happening of a loss, any persons or corporations . . . from liability from loss from whatever cause arising to the within described property.” There is no evidence that Secunda released Fabco. Indeed, it put it on notice immediately following the loss.

#### RULE OF LAW FAVOURS SUBROGATION

[41] It follows, in my view the cases relied upon by Fabco do not establish a rule of law that underwriters on a builder’s risk policy are prohibited from seeking subrogated recovery from a contractor on the insured project. The answer is to be found in the language used in the construction contract and in the policy. However, the inquiry does not end there. Marine insurance is treated quite differently constitutionally from other forms of insurance. Even though there is no such rule of law when it comes to land-based construction policies, there could be such a rule when it comes to the construction of a ship. We must look to the *Marine Insurance Act*, S.C. 1993 c. 22, as well as the doctrine of privity of contract.

#### A WORD ABOUT THE CONSTITUTION

[42] Under the *British North America Act, 1867*, patriated to Canada as the *Constitution Act, 1867*,

d’autres personnes comme assurés supplémentaires » et elle devait exercer ce choix avant la survenance du sinistre. Or, on m’a demandé de tenir pour acquis que Secunda n’avait jamais désigné Fabco comme assurée.

[40] Pour conclure sur ce point, j’estime que Fabco n’est pas un assuré au sens de la police. Abstraction faite de cette question d’interprétation, les assureurs ont la faculté, ainsi qu’il a été signalé notamment dans l’arrêt *Commonwealth Construction*, de renoncer à leurs droits de subrogation. Toutefois—et il s’agit là encore d’une question d’interprétation—les assureurs ne se sont pas prévalus de cette possibilité, car, aux termes de la police, Secunda devait, [TRADUCTION] « avant la survenance du sinistre, dégager toute personne physique ou morale (y compris les sociétés de transport) de la responsabilité de tout sinistre attribuable à quelque cause que ce soit en rapport avec les biens décrits ». Or, rien ne permet de penser que Secunda a dégagé Fabco de toute responsabilité. Au contraire, elle lui a envoyé une mise en demeure immédiatement après la survenance du sinistre.

#### RÈGLE DE DROIT FAVORISANT LA SUBROGATION

[41] Il s’ensuit selon moi que la jurisprudence invoquée par Fabco ne permet pas de conclure à l’existence d’une règle de droit voulant que, dans le cas d’une police d’assurance des chantiers, il est interdit à l’assureur d’exercer un recours subrogatoire contre l’entrepreneur. La réponse se trouve dans le libellé du contrat de construction et dans la police. Mais l’analyse ne s’arrête pas là. Sur le plan constitutionnel, l’assurance maritime est traitée différemment des autres formes d’assurance. Bien qu’il n’existe pas de norme juridique semblable lorsqu’il s’agit de polices portant sur des projets de construction terrestres, il pourrait exister une telle norme lorsqu’il s’agit de la construction d’un navire. Il faut tenir compte de la *Loi sur l’assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22, ainsi que de la règle du lien contractuel.

#### UN MOT AU SUJET DE LA CONSTITUTION

[42] En vertu de l’*Acte de l’Amérique du Nord Britannique, 1867*, qui a été rapatrié au Canada sous

Parliament may make laws in relation to “Navigation and Shipping” (subsection 91(10)). The provincial legislatures under subsection 92(13) may make laws in relation to “Property and Civil Rights in the Province”. Insurance is not an enumerated class of subject. Generally speaking, the administration of justice, including the organization of courts, is a provincial matter. However, the federal Parliament may organize a general court of appeal for Canada (which is the Supreme Court) and establish [at section 101] “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.”

[43] The Federal Court is such a Court, established by the *Federal Court Act* in 1971 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. Section 22 of that Act gives the Court concurrent jurisdiction in all cases under Canadian maritime law or any other law of Canada relating to navigation and shipping, unless that jurisdiction is otherwise specifically assigned. For greater certainty, any claim “arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship” [s. 22(2)(n)] and any claim “arising out of or in connection with a contract of marine insurance” [s. 22(2)(r)] fall within Canadian maritime law.

[44] There were many who thought that Parliament’s conferring of marine insurance jurisdiction on the Federal Court was unconstitutional because it had been held in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.) that insurance policies were a matter of property and civil rights and thus within provincial legislative jurisdiction.

[45] These concerns were laid to rest by the Supreme Court in *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et*

l’intitulé *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement fédéral peut légiférer sur « La navigation et les bâtiments ou navires » (paragraphe 91(10)). Aux termes du paragraphe 92(13), les législatures provinciales peuvent faire des lois relativement à « La propriété et les droits civils dans la province ». L’assurance n’entre dans aucune des catégories de sujets énumérés. En principe, l’administration de la justice, y compris l’organisation des tribunaux, est une question qui relève de la compétence des provinces. Toutefois, le Parlement fédéral peut organiser une cour générale d’appel pour le Canada (la Cour suprême) et établir [article 101] « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ».

[43] La Cour fédérale est un de ces tribunaux. Elle a été créée en 1971 en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10]. L’article 22 de cette Loi prévoit que la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence. Il demeure entendu que la Cour fédérale a notamment compétence sur « toute demande née d’un contrat relatif à la construction, à la réparation ou à l’équipement d’un navire » [art. 22(2)n)] et « toute demande née d’un contrat d’assurance maritime ou y relative » [art. 22(2)r)], et que ces demandes relèvent du droit maritime canadien.

[44] De nombreuses personnes ont exprimé l’avis que l’attribution à la Cour fédérale de la compétence en matière d’assurance maritime par le Parlement fédéral est inconstitutionnelle parce qu’il a été jugé, dans l’arrêt *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), que les polices d’assurance sont une question de propriété et de droits civils qui relève par conséquent de la compétence législative provinciale.

[45] La Cour suprême a dissipé ces doutes dans l’arrêt *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983]

*al.*, [1983] 1 S.C.R. 283. The Court held that although marine insurance is strictly speaking a matter falling within property and civil rights, it nevertheless was assigned under the Constitution to Parliament as part of navigation and shipping.

[46] Marine insurance, and other allocations of risk, be they limited to those within the adventure or extended to those beyond, such as general average and bottomry and respondentia, preceded other forms of insurance, and have unique characteristics.

[47] Chouinard J., in speaking for the Court, said at page 298:

It is wrong in my opinion to treat marine insurance in the same way as the other forms of insurance which are derived from it, and from which it would be distinguishable only by its object, a maritime venture. It is also incorrect to say that marine insurance does not form part of the activities of navigation and shipping, and that, although applied to activities of this nature, it remains a part of insurance.

Marine insurance is first and foremost a contract of maritime law. It is not an application of insurance to the maritime area. Rather, it is the other forms of insurance which are applications to other areas of principles borrowed from marine insurance.

[48] Canadian maritime law is uniform throughout the country, does not include provincial law except such law as might be necessarily incidental to the resolution of the dispute, and is based on English admiralty law as it was in 1934, subject to being overridden by Canadian statute and Canadian jurisprudence (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*), [1986] 1 S.C.R. 752 (the *Buenos Aires Maru*)).

[49] Even if, as Fabco contends, there were a provincial rule of law against underwriters on builders' risk policies taking subrogation against contractors and subcontractors, such a rule would not be incidental to the resolution of a maritime dispute, and thus would not

1 R.C.S. 283. La Cour a expliqué que même si, à proprement parler, l'assurance maritime est un sujet qui relève de la propriété et des droits civils, elle a néanmoins été confiée par la Constitution au Parlement fédéral au titre de la navigation et des expéditions par eau.

[46] L'assurance maritime et les autres types d'assurance couvrant les risques de transport par mer, qu'ils se limitent aux opérations maritimes elles-mêmes ou qu'ils s'étendent aussi aux avaries communes ou au contrat à la grosse sur corps ou sur facultés, ont précédé toutes les autres formes d'assurance et ils possèdent des caractéristiques uniques.

[47] Sous la plume du juge Chouinard, voici ce que la Cour dit, à la page 298 :

Il est inexact, à mon avis, de qualifier l'assurance maritime au même titre que les autres formes d'assurance qui en sont dérivées et dont elle ne se distinguerait que par son objet, l'aventure maritime. Il est inexact aussi de dire que l'assurance maritime ne fait pas partie des activités de la navigation et des expéditions par eau et qu'elle demeure de l'assurance quoiqu'appliquée à des activités de cette nature.

L'assurance maritime est avant tout un contrat de droit maritime. Ce n'est pas une application de l'assurance au domaine maritime. Ce sont plutôt les autres formes d'assurance qui sont des applications à d'autres domaines de principes empruntés à l'assurance maritime.

[48] Le droit maritime canadien est appliqué uniformément sur tout le territoire canadien, il n'incorpore aucune règle de droit provincial à l'exception de celles qui peuvent être accessoirement nécessaires au règlement du litige et il se fonde sur le droit maritime privé anglais tel qu'il existait en 1934, sous réserve de la priorité d'une loi ou de la jurisprudence canadienne (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*), [1986] 1 R.C.S. 752 (le *Buenos Aires Maru*)).

[49] Même si, comme Fabco l'affirme, il existait une règle de droit provinciale empêchant les assureurs aux termes de polices d'assurance des chantiers d'exercer un recours subrogatoire contre les entrepreneurs et les sous-traitants, une telle règle ne serait pas accessoire au

fall automatically within maritime law. In *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, the Supreme Court held that Canadian maritime law did not include a provincial contributory negligence statute. The same reasoning applies here. However, *Bow Valley*, and other cases, state that the courts may make incremental changes to both maritime and common law to further the requirements of justice and fairness. Therefore, one must ask whether Fabco is seeking an incremental change to maritime law and, if so, whether it is appropriate in the interests of justice and fairness to implement such a change.

[50] My opinion runs against Fabco primarily because it is asking the Court to read down the explicit language of the *Marine Insurance Act*. Furthermore, as a matter of justice and fairness or policy, call it what you will, I see no need for such a change.

[51] In the *Marine Insurance Act* [s. 2(1)], “marine adventure” means any situation where insurable property is exposed to maritime perils. “Maritime perils” in turn include fire and “in respect of a marine policy, any peril designated by the policy.” It is clear that a fire during building or conversion of a ship is not only a maritime peril at large, but was a peril covered by the policy as it insured “against all risks of loss of or damage to the subject-matter insured.” The policy in the Sedgwick manuscript form is without question a marine policy.

[52] If there were any doubt, subsection 6(1) of the Act covers against:

6. (1) . . .

(a) losses that are incidental to a marine adventure ... or

(b) losses that are incidental to the building, repair or launch of a ship.

règlement d’un litige maritime, et elle ne relèverait donc pas automatiquement du droit maritime. Dans l’arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, la Cour suprême a jugé qu’une loi provinciale portant sur la négligence contributive ne faisait pas partie du droit maritime canadien. Le même raisonnement s’applique en l’espèce. Il convient toutefois de signaler que, dans l’arrêt *Bow Valley*, ainsi que dans d’autres décisions, il a été précisé que les tribunaux peuvent apporter des changements progressifs au droit maritime et à la common law pour répondre aux exigences de la justice et de l’équité. Il y a donc lieu de se demander si Fabco cherche à apporter un changement progressif au droit maritime et, dans l’affirmative, s’il est dans l’intérêt de la justice et de l’équité de donner effet à ce changement.

[50] Je ne partage pas l’opinion de Fabco à cet égard, d’autant plus qu’elle demande à la Cour de donner une interprétation atténuante du libellé explicite de la *Loi sur l’assurance maritime*. De plus, pour des raisons de justice, d’équité ou de principe—peu importe l’étiquette que l’on retient—, je ne vois pas la nécessité d’un tel changement.

[51] La *Loi sur l’assurance maritime* définit l’expression [art. 2(1)] « opérations maritimes » comme toute situation où des biens assurables sont exposés aux périls de mer. Sont assimilés aux « périls de mer » les incendies et « les périls visés par la police maritime ». Il est évident que l’incendie qui se déclare au cours de la construction ou de la refonte d’un navire constitue non seulement un péril de mer au sens large mais également un risque couvert par la police, car celle-ci protège l’assuré [TRADUCTION] « contre tous les risques d’avaries à la chose assurée ». La police contenue dans le formulaire manuscrit de Sedgwick est sans contredit une police d’assurance maritime.

[52] S’il subsistait des doutes, le paragraphe 6(1) de la Loi les dissipe en précisant que le contrat d’assurance maritime indemnise l’assuré :

6. (1) [ . . . ]

a) des pertes liées aux opérations maritimes [ . . . ]

b) des pertes liées à la construction, à la réparation ou au lancement des navires.

[53] Turning now to the proposition whether as a matter of law, underwriters on a builders' risk insurance policy written on a marine form and covering a ship are prohibited from seeking subrogated recovery against a contractor who damaged that ship, I must answer in the negative. I base myself on section 81 of the Act and on the decision of the Supreme Court in *Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 108.

[54] Section 81 of the *Marine Insurance Act* specifically provides that on payment "the insurer becomes entitled to assume the interest of the insured in the whole or part of the subject-matter and is subrogated to all the rights and remedies of the insured in respect of [the insured]." Although it is said that a builders' risk policy is unique within the context of land-based construction projects, subject to provincial insurance acts, there is nothing unique about a builders' risk policy in the maritime context. Builders' risks with respect to a ship has been carved out of their natural home as a maritime peril to which a marine adventure may be subject and have been given separate standing, so much so that section 6 of the Act only recognizes two forms of marine insurance: losses incidental to a marine adventure or losses incidental to the building, repair or launching of a ship.

[55] Surely if Parliament intended that there be a rule of law against subrogation on a builders' risk policy, it would have specifically said so. Fabco is not seeking an incremental change to judge-made law. It is asking the Court to ignore the precise wording of a statute.

[56] Maritime law has constantly been wrestling with the concept of privity of contract. Following of the decision of Lord Denning in *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.) (the *Himalaya*), rather convoluted "Himalaya Clauses" found their way into bills of lading. Bills of lading armed with

[53] Je ne puis par ailleurs retenir la proposition suivant laquelle, en droit, l'assureur qui a consenti une police d'assurance des chantiers libellée sur un formulaire maritime et couvrant un navire ne peut exercer un recours subrogatoire contre l'entrepreneur qui a causé des avaries au navire. Je me fonde à cet égard sur l'article 81 de la *Loi sur l'assurance maritime* et sur l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108, de la Cour suprême du Canada.

[54] L'article 81 de la *Loi sur l'assurance maritime* prévoit expressément que l'assureur qui règle la perte de la chose assurée « acquiert l'intérêt de l'assuré dans tout ou partie de la chose et est subrogé dans tous les droits et recours de l'assuré relatifs à tout ou partie de celle-ci. » Bien que la police d'assurance des chantiers soit considérée comme un type de contrat unique dans le cas des projets de construction terrestre, force est de constater que, sous réserve des lois provinciales sur l'assurance, les polices d'assurance des chantiers sont monnaie courante dans le contexte maritime. En ce qui concerne les navires, les risques que courent les entrepreneurs en construction ont été examinés hors de leur contexte naturel, comme de simples risques de mer auxquels une opération maritime déterminée peut être exposée, et ils se voient conférer un statut distinct, à telle enseigne que l'article 6 de la Loi reconnaît seulement deux formes d'assurance maritime : celle couvrant les pertes liées aux opérations maritimes et celle visant les pertes liées à la construction, à la réparation ou au lancement des navires.

[55] Certes, si l'intention du législateur fédéral avait été d'interdire la subrogation dans le cas des polices d'assurance couvrant les chantiers, il l'aurait dit expressément. Fabco ne cherche pas à obtenir un changement graduel à une règle de droit d'origine jurisprudentielle. Elle demande à la Cour d'ignorer le libellé précis d'un texte de loi.

[56] Depuis toujours, le droit maritime se débat avec le concept du lien contractuel. À la suite de la décision de lord Denning dans l'affaire *Adler v. Dickson and Another*, [1954] 2 Lloyd's Rep. 267 (C.A.) (l'*Himalaya*), des « clauses Himalaya » plutôt nébuleuses ne sont retrouvées dans les connaissements. Les

such a clause not only evidenced a contract between the shipper and the ocean carrier, but also evidenced an offer to the shipper from the carrier's subcontractors, through the agency of the carrier, to perform the services they had already promised the carrier they would perform, services such as stevedoring, in exchange for the shipper's promise to either not sue them at all or to extend to them the same limitations and exonerations of liability the carrier enjoyed. This promise from subcontractors to the shipper to do what they were already contractually bound to the carrier to do constituted consideration on a collateral contract. It was commercially convenient to give effect to such circuitous contracts. Their validity was recognized by the Supreme Court in the *Buenos Aires Maru* case.

[57] The Court then extended this concept to provincial warehousemen in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299. Finally, and in a marine insurance context at that, the Supreme Court recognized these clauses for what they are, namely stipulations for the benefit of a third party. The *Fraser River* case arose from the sinking of the barge *Sceptre Squamish* owned by Fraser River and, at the time of loss, under charter to Can-Dive. Can-Dive did not dispute that the loss resulted from its negligence, but contended that it could not be held liable in what was a subrogated action by Fraser River's underwriters. This case is distinguishable from the cases cited by Fabco in that, on the language of the policy, Can-Dive was not an additional insured. However, in the policy "it is agreed that the Insurers waive any right of subrogation against . . . any charterer."

[58] The charter party did not require Fraser River to take out insurance, and as Can-Dive was unaware prior to the loss that underwriters had purported to waive subrogation rights against it, it can hardly be said to have given consideration. Nevertheless, the Court held that *London Drugs* was a principled exception to the doctrine of privity of contract, which would have

connaissements assortis de telles clauses de limitation de responsabilité constatent non seulement le contrat conclu entre le chargeur et le transporteur maritime, mais aussi l'offre adressée au chargeur par les sous-traitants du transporteur par l'entremise du transporteur, d'exécuter des services—tels que la manutention—qu'ils se sont déjà engagés envers le transporteur à exécuter, en échange de la promesse du chargeur de ne pas les poursuivre ou de leur faire bénéficier des mêmes limitations ou exonérations de responsabilité que celles dont jouit le transporteur. Cet engagement des sous-traitants envers le chargeur de faire ce qu'ils s'étaient déjà contractuellement engagés à faire en faveur du chargeur constitue la contrepartie d'un contrat accessoire. Il était commode, sur le plan commercial, de donner effet à de tels contrats indirects. La Cour suprême en a reconnu la validité dans l'arrêt *Buenos Aires Maru*.

[57] La Cour a par la suite élargi la portée de ce concept en l'appliquant aux entreposeurs provinciaux dans l'affaire *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299. Enfin—et qui plus est dans un contexte d'assurance maritime—, la Cour suprême a reconnu la véritable nature de ces clauses en les qualifiant de stipulations pour autrui. L'affaire *Fraser River* faisait suite au naufrage de la barge *Sceptre Squamish* dont Fraser River était propriétaire et dont Can-Dive était l'affrèteur au moment du sinistre. Can-Dive ne contestait pas que le sinistre découlait de sa négligence mais elle affirmait que sa responsabilité ne pouvait être retenue dans le cadre d'une action subrogatoire intentée par les assureurs de Fraser River. Cette affaire se distingue des autres affaires citées par Fabco en ce que, suivant le libellé de la police, Can-Dive n'était pas un assuré supplémentaire. Aux termes de la police, il était toutefois [TRADUCTION] « convenu que les assureurs renoncent à tout droit de subrogation contre les affrèteurs ».

[58] Le contrat d'affrètement par charte-partie n'obligeait pas Fraser River à souscrire une assurance, et comme Can-Dive ignorait, avant la survenance du sinistre, que les assureurs étaient censés avoir renoncé à leurs droits de subrogation contre elle, on ne pouvait guère soutenir qu'elle avait fourni une contrepartie. La Cour a toutefois estimé que l'affaire *London Drugs*,

required Can-Dive to give contractual consideration.

[59] Iacobucci J., speaking for the Court, said, at paragraphs 32-33:

In terms of extending the principled approach to establishing a new exception to the doctrine of privity of contract relevant to the circumstances of the appeal, regard must be had to the emphasis in *London Drugs* that a new exception first and foremost must be dependent upon the intention of the contracting parties. Accordingly, extrapolating from the specific requirements as set out in *London Drugs*, the determination in general terms is made on the basis of two critical and cumulative factors: (a) Did the parties to the contract intend to extend the benefit in question to the third party seeking to rely on the contractual provision? and (b) Are the activities performed by the third party seeking to rely on the contractual provision the very activities contemplated as coming within the scope of the contract in general, or the provision in particular, again as determined by reference to the intentions of the parties?

(a) *Intentions of the Parties*

As to the first inquiry, Can-Dive has a very compelling case in favour of relaxing the doctrine of privity in these circumstances, given the express reference in the waiver of subrogation clause to “charterer(s)”, a class of intended third-party beneficiaries that, on a plain reading of the contract, includes Can-Dive within the scope of the term.

[60] In taking into account policy reasons in favour of the principled exception to the doctrine of privity, the Court specifically referred to *Commonwealth Construction*.

[61] *Fraser River* was a case governed by Canadian maritime law. The Court held that if, as a result of the language in the policy, the underwriter waived subrogation against a charterer it was barred from seeking recovery. There is no difference, in this context, between a charterer and a subcontractor constructing a ship, and so there is no rule of maritime law barring subrogation.

[62] Fabco had suggested that while the Canadian cases provide for a rule of law, the English cases may

constituait une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel qui aurait obligé Can-Dive à fournir une contrepartie contractuelle.

[59] Le juge Iacobucci, qui s’exprimait au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 32 et 33 :

Pour ce qui est d’élargir la méthode fondée sur des principes de manière à créer une nouvelle exception à la règle du lien contractuel qui s’applique aux circonstances du pourvoi, il faut tenir compte de l’accent mis, dans *London Drugs*, sur le fait qu’une nouvelle exception doit d’abord et avant tout être subordonnée à l’intention des parties contractantes. Par conséquent, si on extrapole à partir des exigences particulières énoncées dans l’arrêt *London Drugs*, la décision générale repose sur deux facteurs cruciaux et cumulatifs : a) les parties au contrat avaient-elles l’intention d’accorder le bénéfice en question au tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle? et b) les activités exercées par le tiers qui cherche à invoquer la disposition contractuelle sont-elles les activités mêmes qu’est censé viser le contrat en général, ou la disposition en particulier, là encore compte tenu des intentions des parties?

a) *Les intentions des parties*

En ce qui concerne la première question, Can-Dive dispose d’un argument très convaincant en faveur de l’assouplissement de la règle du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire, en raison de la mention expresse des « affrêteurs » dans la clause de renonciation à la subrogation, lesquels représentent une catégorie de tiers bénéficiaires visés qui, selon le sens clair du contrat, comprend Can-Dive.

[60] Pour justifier les raisons de principe qui militaient en faveur de l’existence d’une exception fondée sur des principes à la règle du lien contractuel, la Cour a expressément cité l’arrêt *Commonwealth Construction*.

[61] L’affaire *Fraser River* était régie par le droit maritime canadien. Dans cette affaire, la Cour a statué que l’assureur qui renonçait, en raison du libellé de la police, à exercer ses droits de subrogation contre l’affrèteur était irrecevable à se faire indemniser. Il n’y a pas de différence, dans ce contexte, entre l’affrèteur et le sous-traitant qui construit un navire et il n’existe donc en droit maritime aucune règle interdisant la subrogation.

[62] Suivant Fabco, bien que la jurisprudence canadienne autorise à conclure à l’existence d’une règle

not. Mention was made of *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.) and *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B. (Com. Ct.)).

[63] Secunda countered that there was no difference between the Canadian and English cases; both relied upon the construction of the contracts. It referred to *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep 91 (Q.B. (Com. Ct.)), which applied *Commonwealth Construction*, the point being that a party engaged on a contract may insure the entire work as well as his own property.

[64] As interesting as a comparison may be, there is nothing to be gained by indulging in such an exercise in the present case. The old common-law doctrine of privity of contract was too inflexible and allowed parties to escape the consequences of serious promises. The common law was reformed in the United Kingdom by the passage of the *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* [(U.K.), 1999, c. 31]. However, under Canadian contract law, both marine and common, the reform has been led by the courts. A waiver of subrogation is a stipulation for the benefit of a third party, which in accordance with *Fraser River* is directly enforceable by that party. Contractors and subcontractors who wish to exonerate themselves or limit their liability should negotiate their contracts accordingly. Intention is paramount. Indeed, the underwriters implicitly recognized that a construction contract might require Secunda to take out insurance for the benefit of a subcontractor or to waive liability. It would be foolhardy for a contractor or subcontractor to fail to address this problem. By not doing so, it would not know what insurance the owner had, the terms thereof or even if it was insured. Canada is a great trading nation. Many of the ships plying our waters are foreign. A foreign ship may require extensive repair following a collision. Its underwriters will likely be foreign, and a contractor or subcontractor should not assume that it is a beneficiary, in one fashion or another, of that foreign insurance policy. Indeed, Fabco had taken out its own shipbuilders' liability cover.

de droit, la jurisprudence anglaise ne le permet pas. Les arrêts *Stone Vickers Ltd. v. Appledore Ferguson Shipbuilders Ltd.*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 578 (C.A.), et *National Oilwell (U.K.) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582 (Q.B. (Com. Ct.)), ont été mentionnés.

[63] Secunda rétorque qu'il n'y a aucune différence entre la jurisprudence canadienne et la jurisprudence anglaise et que les deux reposent sur l'interprétation des contrats. Elle invoque l'arrêt *Petrofina (U.K.) Ltd. and Others v. Magnaload Ltd. and Others*, [1983] 2 Lloyd's Rep 91 (Q.B.) (Com. Ct.), dans lequel le tribunal a appliqué l'arrêt *Commonwealth Construction* en soulignant que le contractant peut assurer l'ensemble des travaux en plus de ses propres biens.

[64] Aussi intéressante que la comparaison puisse être, il n'y a aucun profit à tirer de pareil exercice en l'espèce. L'ancienne règle du lien contractuel de la common law était trop rigide et elle permettait aux parties contractantes de se soustraire aux conséquences d'engagements sérieux. La common law a été réformée au Royaume-Uni lors de l'adoption de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* [(R.-U.) 1999, ch. 31]. Toutefois, en droit canadien des contrats, ce sont les tribunaux qui ont pris l'initiative de cette réforme, notamment en matière maritime. La renonciation à la subrogation constitue une stipulation pour autrui qui, selon l'arrêt *Fraser River*, confère au tiers bénéficiaire le droit d'exiger directement du promettant l'exécution de l'obligation promise. Les entrepreneurs et les sous-traitants qui souhaitent s'exonérer de toute responsabilité ou limiter leur responsabilité devraient négocier leurs contrats en conséquence. Dans ce domaine, l'intention est primordiale. D'ailleurs, les assureurs ont implicitement reconnu qu'un contrat de construction pourrait obliger Secunda à souscrire une assurance au profit d'un sous-traitant ou à renoncer à sa responsabilité. Il serait téméraire de la part d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant d'ignorer ce problème. Sinon, il ne saurait pas quelle assurance le propriétaire a souscrite, les modalités de cette assurance ou même s'il en a contracté une. Le Canada est un grand pays commerçant. Bon nombre des navires qui sillonnent nos eaux proviennent de l'étranger. Un bâtiment étranger peut nécessiter d'importantes répara-

tions à la suite d'un abordage. Les assureurs de ce navire seront probablement des étrangers, et l'entrepreneur ou le sous-traitant ne devrait pas présumer qu'il est bénéficiaire, d'une manière ou d'une autre, de la police d'assurance étrangère. D'ailleurs, en l'espèce, Fabco avait souscrit sa propre assurance-responsabilité des constructeurs de navires.

#### CONCLUSION

[65] For these reasons, Fabco's motion for summary judgment shall be dismissed. There is no rule of law which deprives underwriters on a builder's risk policy written on a marine form, the subject-matter of which is maritime property, of subrogation rights against non-insureds. Secunda shall have its costs.

#### JUDGMENT

Defendant's motion for summary judgment is dismissed with costs.

#### CONCLUSION

[65] Pour ces motifs, la requête en jugement sommaire de Fabco est rejetée. Il n'y a aucune règle de droit qui prive les assureurs dans le cadre d'une police d'assurance des chantiers rédigée sur un formulaire maritime et portant sur des biens maritimes de leurs droits de subrogation contre des tiers non assurés. Secunda a droit à ses dépens.

#### JUGEMENT

La requête en jugement sommaire de la défenderesse est rejetée avec dépens.

T-64-02  
2005 FC 1630

T-64-02  
2005 CF 1630

**Canada Post Corporation** (*Applicant*)

**La Société canadienne des postes** (*demanderesse*)

v.

c.

**United States Postal Service** (*Respondent*)

**United States Postal Service** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA POST CORP. v. UNITED STATES POSTAL SERVICE (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES c. UNITED STATES POSTAL SERVICE (C.F.)**

Federal Court, Mactavish J.—Ottawa, October 4, 5 and November 30, 2005.

Cour fédérale, juge Mactavish—Ottawa, 4 et 5 octobre et 30 novembre 2005.

*Trade-marks — Judicial review of Registrar of Trade-marks' decision giving public notice of adoption, use of official marks by United States Postal Service (USPS), thus preventing Canada Post Corporation (CPC), pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) from using these or similar marks in association with postal wares, services unless already used prior to public notice — (1) Whether public authority referred to in s. 9(1)(n)(iii) must be public authority in Canada — That term not defined in Act — Shared, common meaning interpretation rule applied — French version of provision adopted — Official marks available only to public authorities in Canada — That conclusion buttressed by rest of s. 9(1), review of legislative history of s. 9(1)(n)(iii) — Canada Post Corp. v. Post Office, holding Act, s. 9(1)(n)(iii) not restricted to Canadian public authorities, not followed as decided before F.C.A. holding s. 9(1)(n)(iii) not to be given expansive meaning — Convention for the Protection of Industrial Property not applicable as not addressing official marks — (2) Whether USPS public authority in Canada — Not sufficient for entity in question to be subject to control outside Canada — Public authority required to be subject to governmental control within Canada — USPS not subjected to such control, thus not public authority in Canada — Application dismissed.*

*Marques de commerce — Contrôle judiciaire de la décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public d'adoption et emploi de marques officielles par la United States Postal Service (USPS), empêchant ainsi la Société canadienne des postes (SCP), en vertu de l'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce, d'employer ces marques ou des marques similaires en liaison avec ses marchandises et services postaux, sauf pour ce qui est des marques qu'elle employait déjà avant l'avis public — 1) L'autorité publique mentionnée à l'art. 9(1)n(iii) doit-elle être une autorité publique au Canada? — Ce terme n'est pas défini dans la Loi — Application de la règle d'interprétation fondée sur le sens commun — La version française de la disposition est retenue — Les marques officielles sont disponibles seulement pour les autorités publiques au Canada — Cette conclusion est étayée par le reste de l'art. 9(1) et par l'examen de l'historique de l'art. 9(1)n(iii) — La décision Société canadienne des postes c. Post Office, statuant que l'art. 9(1)n(iii) de la Loi n'est pas restreint aux autorités publiques au Canada, n'a pas été suivie car elle a été rendue avant que la C.A.F. ne décide qu'il ne faut pas donner un sens extensif à l'art. 9(1)n(iii) — La Convention pour la protection de la propriété industrielle ne s'applique pas car elle ne vise pas les marques officielles — 2) La USPS est-elle une autorité publique au Canada? — Il ne suffit pas que l'organisme en question soit assujéti à des contrôles à l'extérieur du Canada — Une autorité publique doit être assujéti à des contrôles à l'intérieur du Canada — La USPS n'est pas assujéti à de tels contrôles, et n'est donc pas une autorité publique au Canada — Demande rejetée.*

*Construction of Statutes — Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) preventing any person from adopting mark "adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark" — Whether "public authority" required to be public authority in Canada — As term not defined in Act, necessary to have regard to wording of provision — Ambiguity in English version as to whether "in Canada" modifying "adopted and used" or "by any public authority" — French version not*

*Interprétation des lois — L'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce interdit à quiconque d'adopter une marque « adopté[e] et employé[e] par une autorité publique au Canada comme marque officielle » — L'« autorité publique » doit-elle être une autorité publique au Canada? — Le terme n'étant pas défini dans la Loi, il faut examiner le libellé de la disposition — Il y a ambiguïté dans la version anglaise, à savoir si les mots « in Canada » visent à qualifier*

*ambiguous — Applying shared or common meaning interpretation rule, French meaning adopted: “in Canada” modifying “by any public authority” — This conclusion buttressed by review of legislative history of s. 9(1)(n)(iii) and predecessor provisions in Unfair Competition Act — History revealing comma creating ambiguity first appearing in version of Act published in 1985 Revised Statutes of Canada — Amendment made pursuant to Statute Revision Act by Statute Revision Commission — Commission precluded from changing substance of enactment — Insertion of comma apparently not conscious legislative choice — Review of Act, s. 9 as a whole leading to conclusion Parliament would have explicitly so stated had it been its intention for s. 9(1)(n)(iii) to apply to foreign public authorities.*

This was an application for judicial review of a decision of the Registrar of Trade-marks to give public notice of the adoption and use of 13 official marks by the United States Postal Service (USPS), thus preventing the Canada Post Corporation (CPC), pursuant to subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, from using any of these or similar marks in association with its postal wares and services unless it had already been using the marks prior to the dates on which the Registrar gave public notice.

At issue was whether the USPS was entitled to claim the benefit of subparagraph 9(1)(n)(iii) in relation to official marks. Making this determination required that two questions be answered: (1) whether subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act requires that the “public authority” be a public authority in Canada, and (2) whether the USPS is a “public authority” within the meaning of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act.

*Held*, the application should be allowed.

(1) The principal requirement for the publication of an official mark is that the party seeking publication be a “public authority”. That term is not defined in the Act. It was therefore necessary to have regard to the wording of subparagraph 9(1)(n)(iii) to determine whether a “public authority” has to be a public authority in Canada. The French and English versions of subparagraph 9(1)(n)(iii) are not identical. In English, because of the comma after “public authority” it is not clear whether the words “in Canada” are intended to modify the words “adopted and used” or “by any public authority.” The French version is clear: the words “in Canada” modify the

*les mots « adopted and used » ou les mots « by any public authority » — La version française n’est pas ambiguë — En application de la règle d’interprétation fondée sur le sens commun, le sens de la version française est retenu : les mots « in Canada » qualifient les mots « by any public authority » — Cette conclusion est étayée par un examen de l’historique de l’art. 9(1)(n)(iii) et des dispositions qui l’ont précédé dans la Loi sur la concurrence déloyale — L’examen révèle que la virgule créant une ambiguïté a fait sa première apparition dans la version de la Loi publiée dans les Lois révisées du Canada de 1985 — La virgule a été introduite à l’occasion d’une modification de nature administrative par la Commission de révision des lois en vertu de la Loi sur la révision des lois, qui ne permet pas à la Commission d’en modifier le fond — L’insertion de la virgule ne semble pas découler d’un choix réfléchi du législateur — L’examen de l’art. 9 dans son ensemble conduit à la conclusion que le législateur, s’il avait voulu que l’art. 9(1)(n)(iii) s’applique à l’égard des autorités publiques étrangères, l’aurait dit explicitement dans la Loi.*

La Société canadienne des postes (SCP) demandait le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le registraire des marques de commerce a donné un avis public d’adoption et emploi de 13 marques officielles par la société United States Postal Service (USPS), interdisant ainsi à la SCP, en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, d’employer, en liaison avec ses marchandises et services postaux, l’une ou l’autre de ces marques ni aucune marque similaire, sauf pour ce qui est des marques qu’elle employait déjà avant la date à laquelle le registraire a donné son avis public.

La question était de savoir si la USPS avait le droit de se prévaloir du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) en ce qui a trait aux marques officielles. Pour répondre à cette question, il fallait d’abord répondre aux deux questions suivantes : 1) le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la Loi exige-t-il que l’« autorité publique » soit une autorité publique au Canada, et 2) la USPS est-elle une « autorité publique » au sens du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la Loi?

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) La principale exigence concernant la publication d’une marque officielle est que la partie qui en fait la demande doit être une « autorité publique ». Cette expression n’est pas définie dans la Loi. Il fallait donc examiner le libellé du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) pour vérifier si l’« autorité publique » doit être une autorité publique au Canada. Or, les versions anglaise et française du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) ne sont pas identiques. En anglais, en raison de la virgule après « *public authority* », il n’est pas clair si les mots « *in Canada* » visent à qualifier les mots « *adopted and used* » ou les mots « *by any public authority* ». La version française est claire : les mots

phrase “by any public authority.” The shared or common meaning interpretation rule was applied (as the Supreme Court of Canada stated that it should in the case of bilingual legislation) and the French meaning adopted. Furthermore, the French version refers to “une autorité publique” (a public authority) rather than to “any public authority.” Once again, applying the shared or common meaning rule, the narrower French version was adopted.

The conclusion that the public authority in question in subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act must be a public authority in Canada was buttressed by a review of the legislative history of subparagraph 9(1)(n)(iii) and its predecessor provisions in the *Unfair Competition Act*. This history revealed that the comma in the English version of the Act that creates the ambiguity first appeared in the version of the Act published in the 1985 *Revised Statutes of Canada*. It found its way into the provision through one of the “housekeeping”-type amendments authorized by the *Statute Revision Act*, which does not allow changes to the substance of any enactment. The insertion of the comma thus did not appear to have been a conscious legislative choice made by Parliament. This further militated in favour of adopting the meaning reflected by the French version of the Act, which more faithfully reflects Parliament’s intent in enacting subparagraph 9(1)(n)(iii).

Finally, a review of subsection 9(1) of the Act as a whole led to the conclusion that the words “in Canada” should be read as modifying the words “any public authority.” If Parliament had intended that subparagraph 9(1)(n)(iii) apply to foreign public authorities, the statute would have said so explicitly.

The Court’s decision in *Canada Post Corp. v. Post Office*, which held that subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act is not restricted to “Canadian public authorities,” was not followed as it was decided prior to *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, wherein the Federal Court of Appeal held that the extensive powers conferred by subparagraph 9(1)(n)(iii) are such that the provision should not be given an expansive meaning.

The *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, which Canada ratified in 1951 provides that nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of industrial property, enjoy in all the other countries of the Union, the same protection then granted by law. The protections available to public authorities under subparagraph 9(1)(n)(iii) are largely a Canadian creation. The Paris Convention does not assist the USPS as it does not

« au Canada » qualifient l’expression « une autorité publique ». Comme l’a affirmé la Cour suprême du Canada, l’interprétation des lois bilingues doit se faire en appliquant la règle du sens commun aux deux versions, de sorte que c’est le sens du texte français qui a été retenu. De plus, le texte français renvoie à « une autorité publique » et non pas à « any public authority ». Encore une fois, en appliquant la règle du sens commun aux deux versions, c’est la version française, dont le sens est plus restreint, qui a été retenue.

La conclusion selon laquelle l’autorité publique dont il est question au sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la Loi doit être une autorité publique au Canada était étayée par l’examen de l’historique législatif de ce sous-alinéa et des dispositions qui l’ont précédé dans la *Loi sur la concurrence déloyale*. Cet examen a révélé que la virgule figurant dans la version anglaise actuelle de cette disposition et qui créait une ambiguïté avait fait sa première apparition dans la version de la Loi publiée dans les *Lois révisées du Canada* de 1985. La virgule a été introduite dans la disposition à l’occasion d’une des modifications de nature administrative permises par la *Loi sur la révision des lois*, qui ne permet pas d’en modifier le fond. L’insertion de la virgule ne semblait donc pas découler d’un choix réfléchi du législateur. Ce facteur militait encore davantage pour l’adoption du sens formulé dans la version française de cette disposition, qui reflète plus fidèlement l’intention du législateur lorsqu’il a adopté le sous-alinéa 9(1)(n)(iii).

Enfin, l’examen du paragraphe 9(1) de la Loi dans son ensemble a conduit à la conclusion qu’il y avait lieu de lire les mots « in Canada » en conjonction avec les mots « any public authority ». Si le législateur avait voulu que le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) s’applique à l’égard des autorités publiques étrangères, il l’aurait dit explicitement dans la Loi.

La décision de la Cour dans *Société canadienne des postes c. Post Office*, dans laquelle la Cour a statué que le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) n’est pas restreint aux « autorités publiques du Canada », n’a pas été suivie, car elle a été rendue avant que la Cour d’appel fédérale ne décide dans l’affaire *Ordre des architectes de l’Ontario c. Assn. of Architectural Technologists* qu’il faut se garder de donner un sens extensif au sous-alinéa 9(1)(n)(iii), compte tenu des pouvoirs étendus conférés par cette disposition.

La *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, que le Canada a ratifiée en 1951, prévoit que les ressortissants de chacun des pays de l’Union jouiront dans tous les autres pays de l’Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, de la même protection que celle alors garantie par la loi. La protection conférée aux autorités publiques en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) est une création essentiellement canadienne. La Convention de Paris

address these types of protection (i.e. official marks).

(2) The test to determine whether a party is a public authority was articulated in *Ontario Assn. of Architects*. First, it must be determined whether the entity in question is subject to government control. Then, the Court must determine the extent to which the organization's activities benefit the public. The question here was not whether the USPS was a public authority, but whether it was a public authority in Canada. There was no case law on the point of whether the element of government control has to be exercised by a Canadian government, or whether it is sufficient if the entity in question is subject to control outside of Canada. Given that the extensive benefits afforded to the holders of official marks exist only within the geographic confines of Canada, it follows that any injury that will be suffered by trade-mark owners and the public will be suffered by Canadian trade-mark owners and the Canadian public. As a consequence, in order to satisfy the test set out in *Ontario Assn. of Architects*, a public authority must be subject to governmental control within Canada. The USPS was not subjected to such control and was therefore not a public authority in Canada for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 5(1)(a), (2)(e).  
*Canada Post Corporation Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 54.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.  
*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at the Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, and as amended on September 28, 1979, Arts. 1, 2, 6ter.  
*Postal Reorganization Act*, 39 U.S.C. § 101, 201 (2000).  
*Statute Revision Act*, R.S.C., 1985, c. S-20, s. 6(e),(f),(h).  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "Convention", 9(1) (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; c. 44, s. 226; 1994, c. 47, s. 191; 1999, c. 31, s. 209(F)), 11, 12 (as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81; 1993, c. 15, s. 59(F); 1994, c. 47, s. 193).  
*Unfair Competition Act, 1932 (The)*, S.C. 1932, c. 38, s. 14(1)(j).

n'est d'aucune utilité à la USPS car elle ne vise pas à protéger ces types de marques (c'est-à-dire les marques officielles).

2) Le critère pour décider si un organisme est une « autorité publique » a été articulé dans l'arrêt *Ordre des architectes de l'Ontario*. Premièrement, la Cour doit décider si l'organisme en question est assujéti au contrôle gouvernemental. Deuxièmement, elle doit évaluer la mesure dans laquelle le public profite des activités de l'organisme. La question en l'espèce n'était pas de savoir si la USPS était une autorité publique, mais de savoir si elle était une autorité publique au Canada. Il n'y avait aucune jurisprudence traitant de la question de savoir si le contrôle gouvernemental doit être exercé par un gouvernement canadien, ou s'il suffit que l'organisme dont il est question soit assujéti à un contrôle gouvernemental à l'extérieur du Canada. Étant donné que les avantages étendus réservés aux titulaires de marques officielles n'existent qu'à l'intérieur des limites géographiques du Canada, tout préjudice causé aux propriétaires de marques de commerce et au public sera causé à des propriétaires canadiens de marques de commerce et au public canadien. Par conséquent, pour satisfaire au critère établi dans l'arrêt *Ordre des architectes de l'Ontario*, l'autorité publique doit être assujéti à un contrôle gouvernemental à l'intérieur du Canada. La USPS n'était pas assujéti à un tel contrôle et n'était donc pas une autorité publique au Canada au sens du sous-alinéa 9(1)(n)(iii).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979, art. 1, 2, 6ter.  
*Loi sur la concurrence déloyale, 1932*, S.C. 1932, ch. 38, art. 14(1)(j).  
*Loi sur la révision des lois*, L.R.C. (1985), ch. S-20, art. 6(e),(f),(h).  
*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 5(1)(a), (2)(e).  
*Loi sur la Société canadienne des postes*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 54.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «Convention», 9(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch. 15, art. 58; ch. 44, art. 226; 1994, ch. 47, art. 191; 1999, ch. 31, art. 209(F)), 11, 12 (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81; 1993, ch. 15, art. 59(F); 1994, ch. 47, art. 193).

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

*Postal Reorganization Act*, 39 U.S.C. § 101, 201 (2000).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Canada Post Corp. v. Post Office*, [2001] 2 F.C. 63; (2000) 8 C.P.R. (4th) 289; 191 F.T.R. 300 (T.D.).

##### APPLIED:

*Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 F.C. 331; (2002), 215 D.L.R. (4th) 550; 19 C.P.R. (4th) 417; 291 N.R. 61; 2002 FCA 218; *Big Apple Ltd. v. Bab Holdings, Inc.* (2002), 16 C.P.R. (4th) 427; 216 F.T.R. 163; 2002 FCT 72; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005) 258 D.L.R. (4th) 193; 339 N.R. 1; 2005 SCC 51.

##### CONSIDERED:

*United Grain Growers Ltd. v. Lang Michener*, [2001] 3 F.C. 102; (2001), 12 C.P.R. (4th) 89; 269 N.R. 385; 2001 FCA 66; *Canadian Jewish Congress v. Chosen People Ministries, Inc.*, [2003] 1 F.C. 29; (2002), 214 D.L.R. (4th) 553; 19 C.P.R. (4th) 186; 219 F.T.R. 122; 2002 FCT 613; affd (2003), 231 D.L.R. (4th) 309; 27 C.P.R. (4th) 193; 2003 FCA 272; *Insurance Corporation of British Columbia v. Registrar of Trade Marks*, [1980] 1 F.C. 669; (1979), 44 C.P.R. (2d) 1 (T.D.).

##### REFERRED TO:

*Independent Contractors and Business Assn. v. Canada (Minister of Labour)* (1998), 6 Admin. L.R. (3d) 92; 39 C.L.R. (2d) 121; 225 N.R. 19 (F.C.A.); *FileNET Corp. v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, [2002] 1 F.C. 266; (2001), 13 C.P.R. (4th) 385; 209 F.T.R. 195; 2001 FCT 865; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Mihaljevic v. British Columbia* (1988), 23 C.P.R. (3d) 80; 22 F.T.R. 59 (F.C.T.D.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *MacDonald et al. v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; (1976), 66 D.L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (2d) 1; 7 N.R. 477; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION NON SUIVIE :

*Société canadienne des postes c. Post Office*, [2001] 2 C.F. 63 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 C.F. 331; 2002 CAF 218; *Big Apple Ltd. c. Bab Holdings, Inc.*, 2002 CFPI 72; [2002] A.C.F. n° 89 (QL); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*United Grain Growers Ltd. c. Lang Michener*, [2001] 3 C.F. 102; 2001 CAF 66; *Congrès juif canadien c. Chosen People Ministries, Inc.*, [2003] 1 C.F. 29; 2002 CFPI 613; conf. par 2003 CAF 272; [2003] A.C.F. n° 980 (C.A.) (QL); *Insurance Corporation of British Columbia c. Registrare des marques de commerce*, [1980] 1 C.F. 669 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Independent Contractors and Business Assn. c. Canada (Ministre du Travail)*, [1998] A.C.F. n° 352 (C.A.) (QL); *FileNET Corp. c. Canada (Registrare des marques de commerce)*, [2002] 1 C.F. 266; 2001 CFPI 865; *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.); *Mihaljevic c. Colombie-Britannique* (1988), 23 C.P.R. (3d) 80; 22 F.T.R. 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *MacDonald et al. c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

116 (C.A.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81.

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Hughes, Roger T. *Hughes on Trade Marks*, 2nd ed. Markham: LexisNexis Canada, 2005.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Registrar of Trade-marks to give public notice of the adoption and use of official marks by the United States Postal Service, thus preventing any person, pursuant to subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, from adopting these marks. Application allowed.

## APPEARANCES:

*A. David Morrow and Jeremy E. Want* for applicant.

*Anthony M. Prenol and Antonio Turco* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Ottawa, for applicant.

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, for respondent.

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

[1] MACTAVISH J.: This is an application brought by Canada Post Corporation (CPC) to judicially review decisions of the Registrar of Trade-marks to give public notice of the adoption and use of 13 official marks by the United States Postal Service (USPS). These marks are: “United States Postal Service”, “Express Mail”, “First-class Mail”, “Standard A Mail”, “Standard B Mail”, “Parcel Select”, “Priority Mail”, “Global Priority Mail”, “Delivery Confirmation”, “Signature Confirmation”, “Global Express Guaranteed”, “Netpost” and the USPS “Eagle Design”.

[2] As a result of the actions of the Registrar of Trade-marks, CPC is prevented from using any of these

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

Hughes, Roger T. *Hughes on Trade Marks*, 2nd ed. Markham : LexisNexis Canada, 2005.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public d’adoption et emploi de marques officielles par la société United States Postal Service, interdisant à quiconque, en application du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, d’adopter ces marques. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*A. David Morrow et Jeremy E. Want* pour la demanderesse.

*Anthony M. Prenol et Antonio Turco* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Smart & Biggar*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Blake, Cassels & Graydon, s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : La Société canadienne des postes (SCP) demande le contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le registraire des marques de commerce a donné un avis public d’adoption et emploi par la société United States Postal Service (USPS) de 13 marques officielles, soit « United States Postal Service », « Express Mail », « First-class Mail », « Standard A Mail », « Standard B Mail », « Parcel Select », « Priority Mail », « Global Priority Mail », « Delivery Confirmation », « Signature Confirmation », « Global Express Guaranteed », « Netpost », et de son dessin « Eagle Design ».

[2] En conséquence de ces décisions du registraire des marques de commerce, la SCP ne peut employer, en

marks, or any marks closely resembling them, in association with its postal wares and services, unless it had already been using the marks prior to the dates on which the Registrar gave public notice in the *Trade-marks Journal* of their adoption and use in Canada by the USPS as official marks.

[3] CPC asserts that the USPS is not entitled to official marks as it is not a public authority in Canada. CPC further asserts that the USPS neither adopted nor used the marks in question for wares or services in Canada prior to the publication dates. In the alternative, CPC says that USPS is not entitled to rely on any use that it may have made of the disputed marks in Canada, as this use was unlawful as it violated provisions of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 [the Act], the *Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10 and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

[4] Moreover, CPC argues that the acceptance of certain of the marks for publication by the Registrar of Trade-marks was contrary to the public order, as the marks in question are identical, or essentially identical, to terminology in common use by other postal authorities to describe postal products and services. According to CPC, some of these terms have also been adopted as generic terms in the documentation of the Universal Postal Union, an international union of postal authorities.

[5] For the reasons that follow, I am of the view that this application must be allowed, as I am satisfied that the USPS is not entitled to official marks as it is not a “public authority” in Canada within the meaning of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*.

#### The Parties

[6] CPC is a Crown Corporation established in 1981 by the *Canada Post Corporation Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 54]. CPC succeeds the Post Office Department of

liaison avec ses marchandises et services postaux, aucune des marques énumérées ci-dessus ni aucune marque qui présente avec elles une grande ressemblance, sauf pour ce qui est des marques qu’elle employait déjà avant les dates à lesquelles le registraire a donné dans le *Journal des marques de commerce* un avis public de leur adoption et emploi au Canada comme marques officielles par USPS.

[3] La SCP soutient que la défenderesse USPS n’a pas droit à des marques officielles parce qu’elle n’est pas une autorité publique au Canada. Elle prétend aussi que USPS n’a pas adopté ni employé les marques en cause en liaison avec des marchandises ou services au Canada avant leur date de publication. Subsidiairement, la SCP affirme que USPS n’a aucun droit découlant d’un emploi antérieur de ces marques au Canada parce qu’un tel emploi était illégal étant donné qu’il contrevenait aux dispositions de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 [la Loi], de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. 10 et de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

[4] La SCP prétend en outre que l’approbation par le registraire de la publication de certaines des marques est contraire à l’ordre public parce que ces marques sont identiques ou essentiellement identiques aux termes usuels couramment employés par d’autres sociétés de services postaux pour désigner divers produits et services. Certains de ces termes, selon la SCP, sont aussi employés comme termes génériques dans la documentation de l’Union postale universelle, un organisme qui regroupe diverses administrations postales.

[5] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d’avis d’accueillir la demande car je suis convaincue que USPS n’a pas droit à des marques officielles parce qu’elle n’est pas une « autorité publique » au Canada au sens du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*.

#### Les parties

[6] La Société canadienne des postes, une société d’État créée en 1981 par la *Loi sur la Société canadienne des postes* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 54], a

the Government of Canada. The objects of CPC include the establishment and operation of a postal service in Canada, the manufacture and provision of such products and services as are necessary or incidental to the postal service, and the provision of such other services as are capable of being conveniently provided in the course of carrying out the other objects of the CPC.

[7] The federal government continues to exercise significant control over CPC. By way of example, the President of the Corporation is appointed by the Governor in Council, as are the members of the Board of Directors and the Chairman of the Board.

[8] In carrying out its objects, paragraph 5(2)(e) of the *Canada Post Corporation Act* obliges the CPC to have regard to, amongst other things, the need to maintain a corporate identity program approved by the Governor in Council that reflects the role of the CPC as an institution of the Government of Canada.

[9] The USPS is an independent establishment of the executive branch of the Government of the United States of America, established to provide universal mail and delivery services, as well as ancillary services such as consulting services. The basic function of the USPS is to “provide postal services to bind the Nation together through the personal, educational, literary, and business correspondence of the people”: [*Postal Reorganization Act*], 39 U.S.C. § 101(a) (2000).

#### Procedural History

[10] Although CPC initially commenced this proceeding as “an application for judicial review and/or appeal,” as a result of the decision of the Federal Court of Appeal in *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 F.C. 331 (C.A.), CPC now acknowledges that it does not have standing to appeal the decisions in issue, as it was not a party to the original proceedings before the Registrar of Trade-marks. As a consequence, the matter

succédé à l’ancien ministère des Postes du gouvernement du Canada. La SCP a pour mission, notamment, de créer et d’exploiter un service postal au Canada, d’assurer les prestations ainsi que la réalisation et la fourniture des produits utiles à son exploitation et d’assurer les prestations dont elle s’estime capable sans inconvénient pour la réalisation des autres objectifs de sa mission.

[7] Le gouvernement fédéral continue d’exercer un contrôle considérable sur la SCP. Par exemple, le président de la Société ainsi que les administrateurs et le président du conseil d’administration sont nommés par le gouverneur en conseil.

[8] L’alinéa 5(2)e) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* prévoit que, dans l’exercice de sa mission, la SCP doit mettre en œuvre, pour ce qui la concerne et selon les modalités approuvées par le gouverneur en conseil, le programme de symbolisation fédérale.

[9] United States Postal Service est une institution autonome relevant du pouvoir exécutif du gouvernement américain. Cette institution a été créée pour offrir des services de livraison et de distribution du courrier partout dans le monde ainsi que d’autres services complémentaires comme des services de consultation. La mission essentielle de USPS est [TRADUCTION] « la prestation de services postaux destinés à souder la nation en permettant aux gens qui la composent de communiquer entre eux à des fins personnelles, éducatives, littéraires et commerciales » : [*Postal Reorganization Act*], 39 U.S.C. § 101(a) (2000).

#### Historique des procédures

[10] À l’origine, la SCP a engagé la présente instance à titre de [TRADUCTION] « demande de contrôle judiciaire et appel ». Cependant, compte tenu de l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Ordre des architectes de l’Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 C.F. 331 (C.A.), elle reconnaît maintenant que, n’ayant pas été partie à la procédure initiale devant le registraire des marques de commerce, elle n’a pas qualité pour interjeter appel des décisions en

proceeded solely as an application for judicial review.

#### CPC's Standing to Bring the Application for Judicial Review

[11] The USPS concedes that CPC has a sufficient interest in relation to 11 of the official marks in issue as to give it standing to challenge the Registrar's decisions by way of judicial review. However, the USPS submits that CPC is not "directly affected" by the Registrar's decisions in relation to the "United States Postal Service" name and the "Eagle Design". As a consequence, the USPS says that CPC does not have standing to challenge the Registrar's decisions to give public notice in relation to these two marks.

[12] Subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1, as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14], confers standing to bring an application for judicial review on anyone who is "directly affected by the matter in respect of which the relief is sought." A party will be deemed to have been "directly affected" by a decision where it could either benefit from, or suffer a direct adverse impact from a decision: *Independent Contractors and Business Assn. v. Canada (Minister of Labour)* (1998), 6 Admin. L.R. (3d) 92 (F.C.A.), at paragraph 30.

[13] In this case, I am satisfied that CPC has a sufficiently direct interest in the matter as it relates to the "United States Postal Service" official mark as to give it standing to seek relief by way of judicial review. By virtue of paragraph 5(1)(a) of the *Canada Post Corporation Act*, one of the objects of the CPC is the collection, transmission and delivery of mail between Canada and places outside of Canada, which would include the United States. As a consequence of the publication of the "United States Postal Service" official mark, CPC will henceforth be limited in its ability to combine the words "United States" and "postal service" in promoting its services, interfering with its ability to fulfill its statutory objectives, thereby directly adversely affecting CPC's interests.

litige. Par conséquent, il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire.

La qualité de la SCP pour présenter la demande de contrôle judiciaire

[11] USPS admet que la SCP a un intérêt suffisant pour contester les décisions du registraire en présentant une demande de contrôle judiciaire relativement à 11 des marques officielles en litige. Toutefois, USPS soutient que la SCP n'est pas « directement touchée » par les décisions du registraire concernant le nom « United States Postal Service » et le dessin « Eagle Design » (dessin d'un aigle). En conséquence, USPS est d'avis que la SCP n'a pas qualité pour contester les décisions du registraire de donner un avis public quant à ces deux marques.

[12] Le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1, mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14], confère qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire à « quiconque est directement touché par l'objet de la demande ». Une partie est réputée avoir été « directement touchée » par une décision lorsque cette décision pourrait lui conférer un avantage ou lui infliger un préjudice de façon directe : *Independent Contractors and Business Assn. c. Canada (Ministre du Travail)*, [1998] A.C.F. n° 352 (C.A.) (QL), au paragraphe 30.

[13] En l'espèce, je suis convaincue que la SCP a un intérêt suffisamment direct dans l'attribution de la marque officielle « United States Postal Services » pour se voir reconnaître qualité pour solliciter un redressement en présentant une demande de contrôle judiciaire. En vertu de l'alinéa 5(1)a) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, la mission de la Société comprend le relevage, la transmission et la distribution de courrier dans le régime intérieur et dans le régime international, ce qui inclurait les États-Unis. Du fait de la publication de la marque officielle « United States Postal Service », les possibilités pour la SCP d'associer les mots « United States » et « postal service » dans la promotion de ses services seront restreintes, ce qui la gênera dans l'accomplissement de la mission que lui confie la loi et, dès lors, nuira directement à ses intérêts.

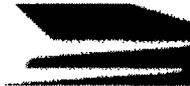
[14] I am also satisfied that CPC is directly affected by the Registrar's decision in relation to the USPS "Eagle Design". In this regard, it should be noted that the "Eagle Design" is depicted as:



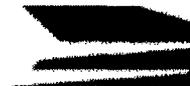
[14] Je suis également convaincue que la SCP est directement touchée par la décision du registraire concernant le dessin « Eagle Design » de USPS. Il convient, à cet égard, de reproduire le « Eagle Design » :



[15] CPC is the owner of an official mark and a trade-mark, both of which are known as the "Wing Design". This mark has been used extensively in Canada in association with CPC's services. The Wing Design is depicted as:



[15] La SCP est propriétaire d'une marque officielle et d'une marque de commerce toutes deux connues sous le nom « Wing Design ». La SCP a abondamment employé cette marque au Canada en liaison avec les services qu'elle propose. Le dessin « Wing Design » est reproduit ci-dessous :



[16] Both the USPS and CPC marks are used in connection with the collection, processing and delivery of mail, and according to the USPS, both parties offer at least some of these services in Canada. Both marks involve stylized flying figures, pointing to the right, with "speed marks" suggesting haste. In these circumstances, I am satisfied that there are enough similarities between the two marks that CPC could potentially suffer a direct adverse impact from the Registrar's decision.

[16] USPS et la SCP emploient toutes les deux leur marque respective en liaison avec le relevage, le traitement et la distribution de courrier et, selon USPS, toutes deux offrent au moins certains de ces services au Canada. Chacune des deux marques consiste en la représentation stylisée d'un objet en vol, pointant vers la droite et comportant des traits suggérant la vitesse et la célérité. Dans les circonstances, je suis convaincue que les ressemblances entre les deux marques sont suffisantes pour que la décision du registraire soit susceptible d'infliger à la SCP un préjudice de façon directe.

[17] These considerations are, in my view, sufficient to give CPC the necessary standing to challenge this decision as it relates to the "Eagle Design": see *FileNET Corp. v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, [2002] 1 F.C. 266 (T.D.).

[17] Ces facteurs m'apparaissent suffisants pour reconnaître à la SCP qualité pour contester la décision du registraire concernant la marque « Eagle Design » : voir *FileNET Corp. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [2002] 1 C.F. 266 (1<sup>re</sup> inst.).

#### Background

[18] According to the evidence, the USPS has been advertising its services in Canada since 1999. In

#### Le contexte

[18] Suivant la preuve, USPS fait la promotion de ses services au Canada depuis 1999. De plus, des employés

addition, USPS employees have been travelling to Canada on a regular basis, to promote and sell the USPS' services to customers in Canada who have high-volume mailings to the United States. The USPS provides consulting services to businesses in Canada, and assists with the preparation and delivery of mail to the United States.

[19] Once it is ready for delivery, this mail is transferred to the closest USPS postal unit in the United States by trucks contracted to USPS for this purpose. The mail is then put into the USPS mail system to be delivered to its final destinations in the United States.

[20] By letters dated June 21 and October 17, 2001, the USPS requested that the Registrar of Trade-marks give public notice, pursuant to the provisions of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, that the USPS had adopted and used the marks in issue as "official marks" for wares and services.

[21] In response, the Registrar of Trade-marks asked the USPS to provide evidence of its status as a public authority. The USPS provided extracts of 39 U.S.C. § 201 (2000), which establish that it is an independent establishment of the Government of the United States. No question was raised by the Registrar as to whether the USPS was a public authority in Canada.

[22] Although no formal decision was rendered in this regard, it appears that the Registrar accepted that the USPS is a public authority for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, as notice was given for 12 of the 13 marks in the December 12, 2001 edition of the *Trade-marks Journal*. In the January 9, 2002 edition of the *Journal* [Vol. 49, No. 2463], the Registrar gave the requested notice in respect of the "Netpost" mark. It is the decisions to give this public notice that underlie this application for judicial review.

de USPS viennent régulièrement au Canada pour promouvoir et vendre les services de USPS à des clients au Canada dont le volume d'envois vers les États-Unis est important. USPS offre des services de consultation aux entreprises au Canada et prête son concours pour la préparation et la distribution de courrier destiné aux États-Unis.

[19] Une fois que ce courrier est prêt pour la distribution, USPS le fait transporter par camions affrétés à cette fin à son unité postale la plus proche aux États-Unis. Le courrier est ensuite placé dans le système postal de USPS et, de là, acheminé vers sa destination finale aux États-Unis.

[20] Par voie de lettres datée du 21 juin et du 17 octobre 2001, USPS a demandé au registraire des marques de commerce de donner, conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, un avis au public indiquant qu'elle avait adopté et employait les marques en litige comme « marques officielles » pour des marchandises et services.

[21] Le registraire des marques de commerce a répondu en demandant à USPS de fournir la preuve de son statut d'autorité publique. USPS a alors transmis copie d'extraits du 39 U.S.C. § 201 (2000), qui établit que USPS est une institution indépendante du gouvernement des États-Unis. Le registraire n'a soulevé aucune question quant à savoir si USPS était une autorité publique au Canada.

[22] Bien que le registraire n'ait rendu aucune décision formelle sur cette question, il appert qu'il a accepté que USPS est une autorité publique aux fins de l'application du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, puisqu'il a donné un avis public relativement à 12 des 13 marques concernées dans le *Journal des marques de commerce* du 12 décembre 2001. Le registraire a publié l'avis relatif à la marque « Netpost » dans le *Journal* [Vol. 49, n° 2463] du 9 janvier 2002. Ce sont les décisions du registraire de donner cet avis public qui sont à l'origine de la présente demande de contrôle judiciaire.

## Issues

[23] As was noted at the commencement of this decision, CPC has raised a number of issues in relation to the USPS's entitlement to the official marks in question. These include a threshold question as to whether the Registrar erred in finding that the USPS is a public authority for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*.

[24] For the reasons that follow, I am of the view that the answer to this question is determinative of the application, and that it is therefore unnecessary to address the remaining issues.

## Standard of Review

[25] There are two questions that must be answered in deciding whether the USPS is entitled to claim the benefit of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* in relation to official marks.

[26] The first of these is whether, properly interpreted, subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* requires that the "public authority" be a public authority in Canada. This involves a question of statutory interpretation. As was noted by the Federal Court of Appeal in *United Grain Growers Ltd. v. Lang Michener*, [2001] 3 F.C. 102, at paragraph 9, questions as to the construction of the *Trade-marks Act* are outside the expertise of the Registrar of Trade-marks.

[27] Moreover, in *Big Apple Ltd. v. Bab Holdings, Inc.* (2002), 16 C.P.R. (4th) 427 (F.C.T.D.), at paragraph 8, this Court held that decisions of the Registrar of Trade-marks involving questions of law are reviewable against a standard of correctness. I agree.

[28] The second question is whether the USPS is itself a "public authority" within the meaning of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*. This is a question of mixed fact and law, which would normally be reviewed against a standard of reasonableness, given that the

## Les questions en litige

[23] Comme il a été mentionné au début de la présente décision, la SCP a soulevé plusieurs questions en ce qui a trait au droit de USPS aux marques officielles en cause. Il s'agit notamment de la question préalable de savoir si le registraire a conclu à tort que USPS est une autorité publique aux fins de l'application du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*.

[24] Pour les motifs énoncés ci-dessous, j'estime que la réponse à cette question est déterminante quant à l'issue de la demande et qu'il est donc inutile d'examiner les autres questions en litige.

## La norme de contrôle

[25] Pour décider si USPS a le droit de se prévaloir du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* relativement à des marques officielles, il faut répondre à deux questions.

[26] La première question est celle de savoir si, interprété correctement, le sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* exige que l'« autorité publique » soit une autorité publique au Canada. Il s'agit là d'une question d'interprétation législative. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *United Grain Growers Ltd c. Lang Michener*, [2001] 3 C.F. 102, au paragraphe 9, les questions relatives à l'interprétation de la *Loi sur les marques de commerce* ne relèvent pas du champ d'expertise du registraire des marques de commerce.

[27] De plus, dans la décision *Big Apple Ltd. c. Bab Holdings, Inc.*, 2002 CFPI 72, au paragraphe 8, la Cour a statué que la norme de contrôle applicable aux décisions du registraire des marques de commerce qui soulèvent des questions de droit est celle de la décision correcte. Je souscris à cette conclusion.

[28] La seconde question est celle de savoir si USPS est elle-même une « autorité publique » au sens du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit, pour laquelle la norme de contrôle applicable

USPS did not adduce any additional evidence before this Court on this issue that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion: *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.), at paragraph 51.

[29] However, in order to answer this specific question of mixed fact and law, it is necessary to have a proper understanding of the statutory definition of "public authority," and the scope of the test to be used in determining whether a given entity is indeed a "public authority." These are pure questions of law, which are also reviewable against the correctness standard.

#### Principles Governing Official Marks Under the *Trade-marks Act*

[30] Official marks are evidently a largely Canadian concept, and are governed by the provisions of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, which provides that:

9. (1) No person shall adopt in connection with a business, as a trade-mark or otherwise, any mark consisting of, or so nearly resembling as to be likely to be mistaken for,

...

(n) any badge, crest, emblem or mark

...

(iii) adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for wares or services,

in respect of which the Registrar has, at the request of... [the] public authority... given public notice of its adoption and use; [Emphasis added.]

[31] Subparagraph 9(1)(n)(iii) prohibits the adoption of official marks by others, whereas section 11 of the Act prohibits the use of the marks by others. The registration of the marks by others is prohibited by subsection 12 [as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81; 1993, c. 15, s. 59(F); 1994, c. 47, s. 193] of the Act.

serait normalement celle de la décision raisonnable, étant donné que USPS n'a pas déposé devant la Cour une preuve additionnelle qui aurait pu avoir un effet sur les conclusions de fait du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire : *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée.*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), au paragraphe 51.

[29] Toutefois, pour répondre à cette question mixte de fait et de droit, il importe de bien comprendre ce que signifie l'expression « autorité publique » utilisée dans la loi ainsi que la portée du critère qui permet d'établir si un organisme particulier est effectivement une « autorité publique ». Il s'agit de pures questions de droit à l'égard desquelles la norme de contrôle applicable est aussi celle de la décision correcte.

#### Les principes régissant les marques officielles en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*

[30] Les marques officielles sont, de toute évidence, un concept essentiellement canadien et sont régies par les dispositions du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, dont voici le texte :

9. (1) Nul ne peut adopter à l'égard d'une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque composée de ce qui suit, ou dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec ce qui suit :

[...]

n) tout insigne, écusson, marque ou emblème :

[...]

(iii) adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services,

à l'égard duquel le registraire, sur la demande de [...] [l']autorité publique [...], a donné un avis public d'adoption et emploi; [Non souligné dans l'original.]

[31] Le sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi interdit l'adoption de marques officielles par des tiers, alors que l'article 11 interdit l'emploi des marques par des tiers et l'article 12 [mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81; 1993, ch. 15, art. 59(F); 1994, ch. 47, art. 193], l'enregistrement par des tiers.

[32] Subparagraph 9(1)(n)(iii) gives extensive protection to the holders of official marks, including substantial advantages over the rights accorded to owners of ordinary trade-marks: *Ontario Assn. of Architects*, at paragraph 4. By way of example, an official mark need not serve to distinguish wares or services: it may be merely descriptive, and may also be confusing with the mark of another: *Ontario Assn. of Architects*, at paragraph 63.

[33] Once public notice has been given with respect to the adoption and use of an official mark, the mark is “hardy and virtually unexpungeable”: *Mihaljevic v. British Columbia* (1988), 23 C.P.R. (3d) 80 (F.C.T.D.), at page 89.

[34] For these reasons, the Federal Court of Appeal has stated that subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* should not be given an expansive meaning: *Ontario Assn. of Architects*, at paragraph 64.

[35] The principal requirement for the publication of an official mark is that the party seeking publication be a “public authority”: *Canadian Jewish Congress v. Chosen People Ministries, Inc.*, [2003] 1 F.C. 29 (T.D.); affd (2003) 231 D.L.R. (4th) 309 (F.C.A.). The term “public authority” is not defined in the Act.

[36] While conceding that the USPS is a public authority, CPC nevertheless says that the USPS is not entitled to claim the benefit of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, as it is not a public authority in Canada. In contrast, the USPS contends that it is a public authority, and that it has adopted and used the marks in issue in Canada. As a consequence, the USPS says it is entitled to the extensive protection afforded to official marks.

[37] The first question, then, is whether, properly interpreted, subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* requires that, in order to be able to claim the benefit of the provision, the public authority in issue must be a public authority in Canada.

[32] Le sous-alinéa 9(1)n)(iii) confère aux titulaires de marques officielles une protection étendue qui comporte notamment des avantages importants dont ne jouissent pas les propriétaires de simples marques de commerce : *Ordre des architectes de l'Ontario*, au paragraphe 4. Par exemple, il n'est pas nécessaire qu'une marque officielle distingue des marchandises ou des services; elle peut être simplement descriptive et elle peut créer de la confusion avec la marque d'un tiers : *Ordre des architectes de l'Ontario*, au paragraphe 63.

[33] Une fois qu'un avis public a été donné au sujet de l'adoption et de l'emploi d'une marque officielle, la marque est [TRADUCTION] « résistante et pratiquement ineffaçable » : *Mihaljevic c. British Columbia* (1988), 23 C.P.R. (3d) 80 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 89.

[34] Ces considérations ont amené la Cour d'appel fédérale à déclarer qu'il faut se garder de donner au sous-alinéa 9(1)n)(iii) un sens extensif : *Ordre des architectes de l'Ontario*, au paragraphe 64.

[35] La principale exigence concernant la publication d'une marque officielle est que la partie qui en fait la demande doit être une « autorité publique » : *Congrès juif canadien c. Chosen People Ministries, Inc.*, [2003] 1 C.F. 29 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par 2003 CAF 272. L'expression « autorité publique » n'est pas définie dans la Loi.

[36] La SCP reconnaît que USPS est une autorité publique, mais elle fait néanmoins valoir que USPS n'a pas le droit de se prévaloir du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* parce qu'elle n'est pas une autorité publique au Canada. USPS prétend au contraire être une autorité publique et avoir adopté et employé les marques en question au Canada. USPS affirme donc avoir droit à la protection étendue réservée aux marques officielles.

[37] La première question consiste donc à savoir si, interprété correctement, le sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* exige que, pour se prévaloir de cette disposition, l'autorité publique soit une autorité publique au Canada.

Does the Public Authority have to be a Public Authority in Canada?

[38] In answering this question, regard must be had to the wording of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*. Regard must also be had to the admonition of the Supreme Court of Canada that when approaching a question of statutory interpretation, the words of an 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: see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21.

[39] In this case, the task of interpreting the provision in question is complicated by the fact that the English and French language versions of the legislation are not identical.

[40] In this regard it should be noted that the English version of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* states that in order for a mark to be a proper official mark, it must have been “adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for wares or services.”

[41] However, the French version of the same provision states that the mark in question must have been “*adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services.*”

[42] Thus, in the English version, there is a comma after the phrase “public authority.” This results in the section being somewhat ambiguous, as it is not entirely clear as to whether the words “in Canada” are intended to modify the words “adopted and used” or “by any public authority.”

[43] In contrast, the absence of the comma in the French version of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act makes it clear that the official mark must have been “*adopté et employé par une autorité publique au Canada*” [emphasis added].

[44] As the Supreme Court of Canada recently restated in *Medovarski v. Canada (Minister of*

L’autorité publique doit-elle être une autorité publique au Canada?

[38] Pour répondre à cette question, il convient d’examiner le libellé du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. Il faut aussi tenir compte de la mise en garde de la Cour suprême du Canada qui a rappelé que, en matière d’interprétation législative, 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 : voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21.

[39] En l’espèce, l’interprétation de la disposition concernée se complique du fait que ses versions anglaise et française ne sont pas identiques.

[40] Il convient de noter, à cet égard, que la version anglaise du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* indique que, pour être une marque officielle légitime, une marque doit avoir été « *adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for wares or services* ».

[41] Toutefois, la version française de cette disposition prévoit que la marque doit avoir été « *adopté[e] et employé[e] par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services* ».

[42] Dans la version anglaise, comme on le voit, une virgule est placée après les mots « *public authority* ». Il en résulte une certaine ambiguïté puisqu’il n’est pas tout à fait clair si les mots « *in Canada* » visent à qualifier les mots « *adopted and used* » ou les mots « *by any public authority* ».

[43] En revanche, l’absence de virgule dans la version française du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi établit clairement que la marque officielle doit avoir été « *adopté[e] et employé[e] par une autorité publique au Canada* » [non souligné dans l’original].

[44] Comme l’a récemment réaffirmé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre*

*Citizenship and Immigration*); *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 25, bilingual legislation is to be interpreted by applying the shared or common meaning rule. That is, where two versions of bilingual legislation do not say the same thing, the shared meaning, which is normally the narrower meaning, ought to be adopted, unless for some reason, that meaning is unacceptable: See also Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at page 80.

[45] In this case, the English version of the legislation is capable of sustaining two different meanings, whereas the French version is only capable of one meaning. Applying the shared or common meaning rule, I am thus satisfied that the words “in Canada” / “au Canada” modify the phrase “by any public authority” / “par une autorité publique”. As a consequence, in order to be entitled to an official mark, the public authority in question must be a public authority in Canada.

[46] The USPS also points to the fact that the English version of subparagraph 9(1)(n)(iii) refers to “any public authority” [emphasis added] as support for its contention that the protections afforded by the provision are not to be restricted to public authorities in this country. Were that the case, the USPS says, the legislation would refer to “Canadian public authority,” or, at the very least, the word “a” would have been used to modify “public authority” rather than the word “any.”

[47] Here, once again, there is a difference between the English and French versions of the provision. The French version of subparagraph 9(1)(n)(iii) does exactly what the USPS says would be necessary to give the legislation the restricted meaning favoured by CPC. That is, the French version refers to “une autorité publique.” In other words, the word “a” is indeed used in the French version of subparagraph 9(1)(n)(iii) to modify “public authority.”

[48] Once again, applying the shared or common meaning rule, I am of the view that the narrower French version ought to be adopted, and that the provision should be read to limit the availability of official marks to public authorities in this country.

*de la Citoyenneté et de l'Immigration*); *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 25, l'interprétation des lois bilingues doit se faire en appliquant la règle du sens commun aux deux versions. Autrement dit, lorsque les deux versions d'une loi bilingue ne disent pas la même chose, le sens commun, qui est généralement le sens le plus restreint, doit prévaloir, à moins qu'il ne soit inacceptable pour quelque raison. Voir aussi Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd., (Toronto: Butterworths, 2002), à la page 80.

[45] En l'espèce, la version anglaise de la disposition législative peut avoir deux significations alors que la version française ne peut en avoir qu'une. En conséquence, appliquant la règle du sens commun, je suis convaincue que les mots « *in Canada* » / « *au Canada* » viennent préciser les mots « *by any public authority* » / « *par une autorité publique* ». Il en découle que, pour avoir droit à une marque officielle, l'autorité publique doit être une autorité publique au Canada.

[46] USPS souligne également que la version anglaise du sous-alinéa 9(1)n(iii) vise « any public authority » [non souligné dans l'original] et que, en conséquence, la protection conférée par cette disposition ne doit pas être limitée aux autorités publiques au Canada. Si c'était le cas, selon USPS, la loi comporterait les mots « *Canadian public authority* » ou, à tout le moins, le mot « a » aurait été employé plutôt que le mot « *any* » pour qualifier « *public authority* ».

[47] Les versions anglaise et française de la disposition législative diffèrent sur ce point également. La version française du sous-alinéa 9(1)n(iii) est exactement conforme à cet égard à ce qui, selon USPS, permettrait de donner à la loi le sens restreint préconisé par la SCP. La version française, en effet, parle d'« une autorité publique ». Autrement dit, la version française du sous-alinéa 9(1)n(iii) emploie en fait le mot « une » pour qualifier « *autorité publique* ».

[48] Appliquant, cette fois encore, la règle du sens commun, je suis d'avis qu'il y a lieu de retenir la version française plus restreinte et qu'il faut comprendre que seules les autorités publiques au Canada ont droit aux marques officielles.

[49] My conclusion in this regard is buttressed by a review of the legislative history of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, and its predecessor provisions in *The Unfair Competition Act, 1932*, S.C. 1932, c. 38 [paragraph 14(1)(f)], which discloses that the comma in the English version of the provision was not originally present in the legislation. The comma first appeared in the version of the *Trade-marks Act* published in the 1985 *Revised Statutes of Canada*, R.S.C., c. T-13.

[50] It appears that the comma found its way into the provision through one of the “housekeeping”-type amendments authorized by the *Statute Revision Act*, R.S.C., 1985, c. S-20. Paragraph 6(e) of this Act authorizes the Statute Revision Commission to “make such alterations to the language of statutes as may be required to preserve a uniform mode of expression, without changing the substance of any enactment” [emphasis added]. Similarly, the Commission can make minor improvements to the language of statutes “as may be required to bring out more clearly the intention of Parliament” (paragraph 6(f)). However, here once again, the Commission is precluded from changing the substance of any enactment. Paragraph 6(h) of the *Statute Revision Act* also empowers the Commission to correct editing, grammatical or typographical errors in legislation.

[51] In other words, the insertion of the comma into the English version of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* does not appear to have been a conscious legislative choice made by Parliament, but rather an administrative act by the Statute Revision Commission, the result of which was to create an ambiguity between the French and English versions of the legislation. In my view, this further militates in favour of adopting the meaning reflected by the French version of the legislation, which more faithfully reflects Parliament’s intent in enacting the provision in question.

[52] Finally, a review of subsection 9(1) as a whole also leads to the conclusion that the words “in Canada” should be read as modifying the words “any public authority” / “une autorité publique” as opposed to “adopted and used” or “adopté et employé.”

[49] Ma conclusion à cet égard est étayée par l’examen de l’historique législatif du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* et des dispositions qui l’ont précédé dans la *Loi sur la concurrence déloyale, 1932*, S.C. 1932, ch. 38 [alinéa 14(1)f)], qui révèlent que la virgule figurant dans la version anglaise actuelle de cette disposition n’y figurait pas à l’origine. Cette virgule a fait sa première apparition dans la *Loi sur les marques de commerce* publiée dans les *Lois révisées du Canada* de 1985, L.R.C., ch. T-13.

[50] Il semble que la virgule a été introduite dans la disposition à l’occasion d’une des modifications de nature administrative permises par la *Loi sur la révision des lois*, L.R.C. (1985), ch. S-20. L’alinéa 6e) de cette Loi autorise la Commission de révision des lois à « apporter à la forme des lois les changements nécessaires à l’uniformité de l’ensemble, sans en modifier le fond » [non souligné dans l’original]. De même, la Commission peut apporter à la forme des lois les améliorations mineures « nécessaires pour mieux exprimer l’intention du Parlement » (alinéa 6f)). Là encore, cependant, la Commission doit se garder de modifier le fond d’une disposition. L’alinéa 6h) de la *Loi sur la révision des lois* permet aussi à la Commission de corriger les erreurs de présentation, de grammaire ou de typographie dans les lois.

[51] En d’autres termes, l’insertion de la virgule dans la version anglaise du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* ne semble pas découler d’un choix réfléchi du législateur, mais bien plutôt d’une mesure administrative de la Commission de révision des lois, mesure qui a eu pour effet de créer une ambiguïté entre les versions française et anglaise de la loi. À mon avis, ce facteur milite pour l’adoption du sens formulé dans la version française de cette disposition, qui reflète plus fidèlement l’intention du législateur.

[52] Enfin, l’examen du paragraphe 9(1) dans son ensemble conduit lui aussi à la conclusion qu’il y a lieu de lire les mots « *in Canada* » en conjonction avec les mots « *any public authority* » ou « une autorité publique » plutôt qu’avec les mots « *adopted and used* » ou « adopté et employé ».

[53] In this regard, it appears that the provisions of subsection 9(1) can be grouped into four categories:

1. Provisions preventing use of a specific mark or symbol: see, by way of example, paragraphs 9(1)(a), (b), (c), (f) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 58], (g) [as am. *idem*], (h), (h.1) [as enacted by S.C. 1990, c. 14, s. 8], (j), (k), (l), (m);

2. Provisions that Parliament clearly intended to have apply to foreign entities, such as paragraphs 9(1)(i) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 191], (i.1) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 58; 1994, c. 47, s. 191] and (i.2) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 58; c. 44, s. 226], which expressly apply to any “country of the Union”, and paragraph 9(1)(i.3) [as enacted by S.C. 1993, s. 15, s. 58; c. 47, s. 191], which expressly applies to any “international intergovernmental organization”;

3. Provisions that Parliament intended to have apply only to Canadian entities: for example, subparagraph 9(1)(n)(iii), which expressly applies to a “public authority, in Canada”/“*autorité publique au Canada*”; subparagraph 9(1)(n)(i), which expressly applies to “Her Majesty’s Forces as defined in the *National Defence Act*”; paragraph 9(1)(e), which expressly applies to “Canada” or “any province or municipal corporation in Canada”; paragraph 9(1)(o), which expressly applies to the “Royal Canadian Mounted Police”; and paragraph 9(1)(n.1) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 58; 1999, c. 31, s. 209(F)]; which expressly applies to “the Governor General”; and

4. Provisions intended to apply to any entity regardless of location: for example, subparagraph 9(1)(n)(ii), which expressly applies to “any university.”

[54] Given this, one would think that if Parliament intended that subparagraph 9(1)(n)(iii) apply to foreign public authorities, the statute would have said so explicitly. At a minimum, one would not expect to see the modifier “in Canada” in the provision.

[53] Il appert, à cet égard, qu’il est possible de classer les dispositions du paragraphe 9(1) en quatre catégories :

1. les dispositions qui interdisent l’emploi d’une marque ou d’un symbole particulier : par exemple, les alinéas 9(1)a), b), c), f) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 58], g) [mod., *idem*], h), h.1) [édicte par L.C. 1990, ch. 14, art. 8], j), k), l), m);

2. les dispositions par lesquelles le législateur vise clairement les institutions étrangères, comme les alinéas 9(1)i) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 191], i.1) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 58; 1994, ch. 47, art. 191] et i.2) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 58; ch. 44, art. 226], qui s’appliquent expressément à l’égard d’« un pays de l’Union » et l’alinéa 9(1)i.3) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 58; 1994, ch. 47, art. 191], qui concerne expressément une « organisation intergouvernementale internationale »;

3. les dispositions par lesquelles le législateur vise uniquement des institutions canadiennes : par exemple, le sous-alinéa 9(1)n)(iii), qui s’applique expressément à l’égard d’une « autorité publique au Canada » / « *public authority, in Canada* »; le sous-alinéa 9(1)n)(i), qui vise expressément « l’une des forces de Sa Majesté telles que les définit la *Loi sur la défense nationale* »; l’alinéa 9(1)e), qui s’applique expressément à l’égard du « Canada » ou d’« une province ou municipalité au Canada »; l’alinéa 9(1)o), qui vise expressément la « Gendarmerie royale du Canada » et l’alinéa 9(1)n.1) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 58; 1999, ch. 31, art. 209(F)], qui concerne expressément le « gouverneur général »;

4. les dispositions destinées à s’appliquer à l’égard de n’importe quel organisme, où qu’il se trouve : par exemple, le sous-alinéa 9(1)n)(ii), qui s’applique à l’égard « d’une université ».

[54] Compte tenu de cette analyse, on peut penser que, si le législateur avait voulu que le sous-alinéa 9(1)n)(iii) s’applique à l’égard des autorités publiques étrangères, il l’aurait dit explicitement dans la Loi. À tout le moins, on ne s’attendrait pas, dans ce cas, à trouver dans la disposition la précision « au Canada ».

[55] As a consequence, I am satisfied that, properly interpreted, subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* requires that, in order to be entitled to an official mark, the institution claiming the mark must be a public authority in Canada.

[56] In support of its contention that it is entitled to claim the benefit of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, the USPS relies on the decision of this Court in *Canada Post Corp. v. Post Office*, [2001] 2 F.C. 63 (T.D.), which held that the provision is not restricted to “Canadian public authorities” [at paragraph 44].

[57] It should be noted that this case was decided prior to the delivery of the Federal Court of Appeal’s decision in the *Ontario Assn. of Architects* case, where the Court held that the extensive powers conferred by subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* are such that the provision should not be given an expansive meaning.

[58] Moreover, my interpretation of the legislation is not necessarily inconsistent with the finding in the *Post Office* case cited above. In my view, the legislation requires that to be able to claim the benefit of subparagraph 9(1)(n)(iii), the public authority in question must be a public authority in Canada, whereas the finding in the *Post Office* case was arguably a little different, namely that the legislation was not limited to Canadian public authorities.

[59] However, to the extent that my interpretation of the legislation may be inconsistent with that in the *Post Office* case, for the reasons articulated above, I must respectfully decline to follow it.

[60] Before turning to consider whether the USPS is a public authority in Canada, there is one additional argument advanced by the USPS that must be addressed. That is, in support of its contention that it is sufficient for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* that the public authority in question has adopted and used the marks in issue in Canada, the USPS says that to interpret the legislation otherwise would result in a breach of the “National Treatment”

[55] Par conséquent, je suis convaincue que, interprété correctement, le sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* exige que, pour avoir droit à une marque officielle, l’institution qui la revendique soit une autorité publique au Canada.

[56] Pour étayer sa position selon laquelle elle a le droit de se prévaloir du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, USPS invoque la décision *Société canadienne des postes c. Post Office*, [2001] 2 C.F. 63 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle la Cour a statué que cette disposition n’est pas restreinte aux « autorités publiques du Canada » [au paragraphe 44].

[57] Il convient de souligner que cette décision a été rendue avant que la Cour d’appel fédérale ne se prononce dans l’affaire *Ordre des architectes de l’Ontario*, où elle a statué qu’il faut se garder de donner un sens extensif au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, compte tenu des pouvoirs étendus conférés par cette disposition.

[58] En outre, mon interprétation de cette disposition n’est pas nécessairement incompatible avec la conclusion de la Cour dans la décision *Post Office*. À mon avis, pour se prévaloir du sous-alinéa 9(1)n(iii), l’autorité publique doit être une autorité publique au Canada, alors que la conclusion de la Cour dans *Post Office* était en un sens un peu différente en ce qu’elle indiquait que cette disposition législative n’est pas restreinte aux autorités publiques du Canada.

[59] Dans la mesure, cependant, où mon interprétation de la disposition en litige peut être incompatible avec celle énoncée dans *Post Office*, je dois, en toute déférence et pour les motifs exposés ci-dessus, ne pas suivre cette dernière.

[60] Avant d’examiner si USPS est une autorité publique au Canada, je dois traiter d’un autre argument avancé par cette dernière. Pour étayer sa prétention qu’il suffit, aux fins du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, que l’autorité publique ait adopté et employé les marques en question au Canada, USPS affirme que toute autre interprétation contreviendrait aux dispositions relatives au « traitement national » de la *Convention de Paris pour la protection*

provisions of the *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, 20 March 1883, as revised.

[61] The relevant portion of Article 2 of the Convention states that:

**Article 2**

(1) Nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of industrial property, enjoy in all the other countries of the Union the advantages that their respective laws now grant, or may hereafter grant, to nationals; all without prejudice to the rights specially provided for by this Convention. Consequently, they shall have the same protection as the latter, and the same legal remedy against any infringement of their rights, provided that the conditions and formalities imposed upon nationals are complied with.

[62] The term “industrial property” is defined in Article 1 of the Convention as “patents, utility models, industrial designs, trademarks, service marks, trade names, indications of source or appellations of origin.”

[63] Canada ratified the Paris Convention [1934 *London Act*] on June 26, 1951, and section 2 of the *Trade-marks Act* includes the Convention in the definition section of the Act. The Convention has not, however, been implemented into Canadian law: see *MacDonald et al. v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at pages 167-172. (See also *Hughes on Trade Marks*, 2nd ed., 2005, at paragraph 5.) Nevertheless, international conventions may be used in interpreting domestic law, even where they have not been formally implemented in this country: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

[64] In this context, the USPS submits that any ambiguity in the *Trade-marks Act* must be resolved in favour of an interpretation that would honour Canada’s international obligations: *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.), at page 143, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at page 1371.

de la *propriété industrielle* du 20 mars 1883, telle qu’elle a été révisée.

[61] Le paragraphe pertinent de l’article 2 de la Convention prévoit ce qui suit :

**Article 2**

1) Les ressortissants de chacun des pays de l’Union jouiront dans tous les autres pays de l’Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus pour la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l’accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux.

[62] L’article premier de la Convention précise que la « propriété industrielle » a pour objet « les brevets d’invention, les modèles d’utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d’origine ».

[63] Le Canada a ratifié la Convention de Paris [*Loi de Londres* de 1934] le 26 juin 1951, et l’article 2 de la *Loi sur les marques de commerce* inclut la Convention dans la section des définitions. Cependant, la Convention n’a pas été incorporée dans le droit canadien : voir *MacDonald et al. c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, aux pages 167 à 172. (Voir aussi *Hughes on Trade Marks*, 2<sup>e</sup> éd., 2005, au paragraphe 5.) Néanmoins, les instruments internationaux peuvent servir à interpréter le droit interne, même lorsqu’ils n’ont pas été officiellement incorporés dans le droit canadien : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[64] Dans ce contexte, USPS soutient que toute ambiguïté dans la *Loi sur les marques de commerce* doit être résolue en donnant à la loi une interprétation conforme aux obligations internationales du Canada : *Salomon c. Commissioners of Customs and Excise*, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.), à la page 143, et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la page 1371.

[65] I am of the view that the provisions of the Paris Convention do not assist the USPS. While the term “official mark” is commonly used in a generic sense to refer to the class of marks covered by section 9 of the *Trade-marks Act*, the only place that the term “official mark” actually appears in the Act is in subparagraph 9(1)(n)(iii).

[66] As noted earlier, the protections available to public authorities by virtue of subparagraph 9(1)(n)(iii) are a largely Canadian creation. Perhaps for this reason, the Paris Convention does not address true subparagraph 9(1)(n)(iii)-type “official marks,” restricting its reach to “trademarks, service marks, trade names, indications of source or appellations of origin”.

[67] The closest thing to an official mark contemplated by the Paris Convention is the protection afforded by Article 6*ter* to State emblems, such as armorial bearings and flags, as well as to official hallmarks and emblems of intergovernmental organizations. This is quite different than the type of marks in issue in this case.

[68] I am therefore satisfied that the Paris Convention does not extend to cover official marks of the type in issue in this case. As a consequence, the issue of conflict with the “National Treatment” provisions of the Paris Convention does not arise in this case.

[69] This then leaves the question of whether the USPS is a public authority in Canada.

Is the USPS a Public Authority in Canada?

[70] As was noted earlier in this decision, the term “public authority” is not defined in the *Trade-marks Act*. Rather, the test for establishing what constitutes a public authority has been established by the jurisprudence.

[65] J’estime que les dispositions de la Convention de Paris ne sont d’aucune utilité à USPS. Bien que l’expression « marque officielle » soit employée couramment dans son acception générique pour désigner la catégorie de marques visées par l’article 9 de la *Loi sur les marques de commerce*, la seule occurrence de l’expression « marque officielle » dans la Loi se trouve au sous-alinéa 9(1)n(iii).

[66] Comme je l’ai déjà dit, la protection conférée aux autorités publiques en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii) est une création essentiellement canadienne. Peut-être est-ce la raison pour laquelle la Convention de Paris ne traite pas des véritables « marques officielles » comme celles dont il est question au sous-alinéa 9(1)n(iii) et restreint la portée de son objet aux éléments suivants : « les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d’origine ».

[67] L’élément qui, dans la Convention de Paris, se rapproche le plus d’une marque officielle est la protection qu’accorde l’article 6*ter* de la Convention aux emblèmes d’État, comme les armoiries et les drapeaux, ainsi qu’aux signes officiels de contrôle et aux emblèmes d’organisations intergouvernementales. Il s’agit là de marques bien différentes de celles dont il est question en l’espèce.

[68] Je suis donc convaincue que la Convention de Paris ne s’étend pas au genre de marques officielles qui font l’objet du présent litige. De ce fait, il n’y a pas en l’espèce de conflit avec les dispositions relatives au « traitement national » dans la Convention de Paris.

[69] Il reste à examiner si USPS est une autorité publique au Canada.

USPS est-elle une autorité publique au Canada?

[70] Comme il a été mentionné plus haut dans la présente décision, l’expression « autorité publique » n’est pas définie dans la *Loi sur les marques de commerce*. C’est plutôt la jurisprudence qui a établi le critère servant à déterminer ce qu’est une autorité publique.

[71] In the *Ontario Assn. of Architects* case previously cited, the Federal Court of Appeal articulated a two-part test to be used in determining whether a party is a “public authority” for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*. That is, the Court must determine first, whether the entity in question is subject to governmental control, and second, the extent to which the organization’s activities benefit the public (at paragraphs 47-53).

[72] There is no doubt that the USPS is a public authority in the commonly understood sense of the term, in that it is established by the executive branch of the American government to provide a service to the public. The question is whether it is a “public authority” in Canada for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*.

[73] That is, this case raises the question of whether the “government control” referred to in the *Ontario Assn. of Architects* case has to be exercised by a Canadian government, or whether it is sufficient if the entity in question is subject to government control outside of this country.

[74] It does not appear that there is any jurisprudence directly on this point. The only case to which I was referred expressly dealing with a foreign public authority is the *Post Office* case previously cited. The issue of governmental control was not addressed in that case. However, in *Canadian Jewish Congress v. Chosen People Ministries, Inc.*, the Court was called upon to consider whether an American religious organization was a public authority for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*. In concluding it was not, the Court was influenced by the fact that the Government of Canada could not intervene in the way that churches conduct their affairs.

[75] In approaching this question, it bears repeating that the Federal Court of Appeal has observed that subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* confers very substantial benefits that are not available to the owners of trade-marks. Concomitant with this is the potential for injury to trade-mark owners and to the

[71] Dans l’arrêt *Ordre des architectes de l’Ontario*, la Cour d’appel fédérale a énoncé un critère à deux volets pour déterminer si un organisme est une « autorité publique » aux fins du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. Premièrement, la Cour doit décider si l’organisme en question est assujéti au contrôle gouvernemental et, deuxièmement, elle doit évaluer la mesure dans laquelle le public profite des activités de l’organisme (aux paragraphes 47 à 53).

[72] Il n’y a aucun doute que USPS est une autorité publique dans l’acception générale du terme, en ce qu’elle a été constituée par le pouvoir exécutif du gouvernement américain pour offrir un service au public. La question est de savoir si USPS est une « autorité publique » au Canada aux fins de l’application du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*.

[73] En d’autres termes, la présente affaire soulève la question de savoir si le « contrôle gouvernemental » dont fait état l’arrêt *Ordre des architectes de l’Ontario* doit être exercé par un gouvernement canadien ou s’il suffit que l’organisme dont il est question soit assujéti à un contrôle gouvernemental à l’extérieur du Canada.

[74] Il semble n’y avoir aucune jurisprudence traitant précisément de ce point. La seule décision portée à mon attention qui se rapporte expressément à une autorité publique étrangère est *Post Office*. La question du contrôle gouvernemental n’a pas été examinée dans cette affaire. Néanmoins, dans l’arrêt *Congrès juif canadien c. Chosen People Ministries, Inc.*, la Cour devait décider si un organisme religieux américain constituait une autorité publique aux fins de l’application du sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. En répondant par la négative à cette question, la Cour a tenu compte du fait que le gouvernement canadien n’a aucun droit de regard dans la manière dont les églises conduisent leurs affaires.

[75] Avant d’aborder cette question, il convient de rappeler que la Cour d’appel fédérale a fait remarquer que le sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* confère des avantages très importants auxquels n’ont pas droit les propriétaires de marques de commerce. À ces avantages s’ajoute un risque de

public. As a consequence, the Court concluded that the provision should not be given an expansive meaning: *Ontario Assn. of Architects*, at paragraphs 63-64.

[76] With this in mind, reference should be had to the comments of Justice Cattanach in *Insurance Corporation of British Columbia v. Registrar of Trade Marks*, [1980] 1 F.C. 669 (T.D.), where he stated, at page 684 that:

A public authority may embark upon a venture of supplying wares and services to the public and in so doing adopt an official mark. Having done so then all other persons are precluded from using that mark and, as a result of doing so, on its own initiative, the public authority can appropriate unto itself the mark so adopted and used by it without restriction or control other than its own conscience and the ultimate will of the electorate expressed by the method available to it. [Emphasis added.]

[77] Given that the extensive benefits afforded to the holders of official marks exist only within the geographic confines of this country, it follows that any injury that will be suffered by trade-mark owners and the public will be suffered by Canadian trade-mark owners and the Canadian public.

[78] In this context, surely the ultimate accountability to the electorate contemplated by Justice Cattanach must be to a Canadian electorate.

[79] As a consequence, I find that in order to satisfy the test established by the Federal Court of Appeal in the *Ontario Assn. of Architects* case, a public authority must be subject to governmental control within this country. Given that there is no evidence before me that any level of government in Canada exercises any measure of power or control over any aspect of the USPS's operations, I am satisfied that the USPS is not a public authority for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*. As a result, it is therefore not entitled to claim the benefit of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*.

préjudice pour les propriétaires de marques de commerce et le public. C'est pourquoi la Cour d'appel a conclu qu'il faut se garder de donner un sens extensif à cette disposition : *Ordre des architectes de l'Ontario*, aux paragraphes 63 et 64.

[76] Compte tenu de ces principes, il convient de mentionner les observations suivantes du juge Cattanach dans la décision *Insurance Corporation of British Columbia c. Registraire des marques de commerce*, [1980] 1 C.F. 669 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 684 :

Une autorité publique se lance dans l'entreprise de fournir au public des marchandises et des services et pour ce faire, adopte une marque officielle. Après quoi, tout le monde se voit interdire l'emploi de cette marque. Ce qui revient à dire que, de sa propre initiative, elle s'approprie ladite marque sans aucune autre restriction ou contrôle que sa propre conscience et la volonté que le corps électoral exprimera éventuellement par les moyens dont il dispose. [Non souligné dans l'original.]

[77] Étant donné que les avantages étendus réservés aux titulaires de marques officielles n'existent qu'à l'intérieur des limites géographiques du Canada, tout préjudice causé aux propriétaires de marques de commerce et au public sera causé à des propriétaires canadiens de marques de commerce et au public canadien.

[78] Dans ce contexte, je ne doute pas que la volonté du corps électoral dont parlait le juge Cattanach doit être celle d'un corps électoral canadien.

[79] Je conclus donc que, pour satisfaire au critère établi par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ordre des architectes de l'Ontario*, l'autorité publique doit être assujettie à un contrôle gouvernemental à l'intérieur du Canada. Comme je ne dispose d'aucun élément de preuve indiquant qu'un ordre de gouvernement au Canada exerce un degré de pouvoir ou de contrôle sur quelque aspect des activités de USPS, je suis convaincue que USPS n'est pas une autorité publique aux fins de l'application du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. De ce fait, USPS n'a pas le droit de se prévaloir du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*.

## Conclusion

[80] For these reasons the application is allowed. The decisions of the Registrar to give public notice of the adoption and use of the marks in issue are set aside.

## ORDER

THIS COURT:

1. Declares that the USPS is not a “public authority” in Canada for the purposes of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*;

2. Declares that the marks:

- “United States Postal Service-Express Mail”
- “First-class Mail”
- “Standard A Mail”
- “Standard B Mail”
- “Parcel Select”
- “Priority Mail”
- “Global Priority Mail”
- “Delivery Confirmation”
- “Signature Confirmation”
- “Global Express Guaranteed”
- “Netpost” and

- The USPS “Eagle Design”

are not official marks;

3. Orders that the decisions of the Registrar to give public notice of the adoption and use of the marks:

- “United States Postal Service-Express Mail”
- “First-class Mail”
- “Standard A Mail”
- “Standard B Mail”
- “Parcel Select”
- “Priority Mail”
- “Global Priority Mail”
- “Delivery Confirmation”
- “Signature Confirmation”
- “Global Express Guaranteed”

## Conclusion

[80] Pour ces motifs, la demande est accueillie. Les décisions du registraire de donner un avis public d’adoption et emploi des marques en question sont annulées.

## ORDONNANCE

LA COUR :

1. Déclare que USPS n’est pas une « autorité publique » au Canada aux fins de l’application du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*;

2. Déclare que les marques suivantes :

- « United States Postal Service-Express Mail »
- « First-class Mail »
- « Standard A Mail »
- « Standard B Mail »
- « Parcel Select »
- « Priority Mail »
- « Global Priority Mail »
- « Delivery Confirmation »
- « Signature Confirmation »
- « Global Express Guaranteed »
- « Netpost »

- le dessin « Eagle Design » de USPS

ne sont pas des marques officielles;

3. Ordonne que les décisions du registraire de donner un avis public d’adoption et emploi des marques suivantes :

- « United States Postal Service-Express Mail »
- « First-class Mail »
- « Standard A Mail »
- « Standard B Mail »
- « Parcel Select »
- « Priority Mail »
- « Global Priority Mail »
- « Delivery Confirmation »
- « Signature Confirmation »
- « Global Express Guaranteed »

- “Netpost and”

- « Netpost »

- “The USPS “Eagle Design”

- le dessin « Eagle Design » de USPS

are set aside.

soient annulées.

4. Costs were not sought, nor are they ordered.

4. Aucuns dépens n’ont été demandés; en conséquence, aucuns dépens ne sont adjugés.

IMM-9738-04  
2005 FC 1580

IMM-9738-04  
2005 CF 1580

**Loreto Lorenzo Ferri** (*Applicant*)

**Loreto Lorenzo Ferri** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, November 1; Ottawa, November 22, 2005.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 1<sup>er</sup> novembre; Ottawa, 22 novembre, 2005.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) lacking jurisdiction to consider constitutionality of Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 68(4) — Applicant convicted of possession of heroin for purpose of trafficking — Minister applying to cancel stay of deportation, terminate appeal under s. 68(4) — Whether effect of wording of s. 68(4) to deprive IAD of jurisdiction to hear, decide applicant's constitutional argument — Case law on Charter jurisdiction of administrative tribunals reviewed — IRPA, s. 68(4) limiting jurisdiction of IAD to determination of whether facts of individual case bring applicant within wording of provision — Depriving IAD of jurisdiction to decide questions of law, including questions of constitutional validity — Applicant not left without forum to pursue constitutional challenge of s. 68(4) — Application dismissed — Question certified: whether IAD having jurisdiction to determine constitutional challenge to IRPA, s. 68(4).*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) disant qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de l'art. 68(4) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le demandeur a été condamné pour possession d'héroïne en vue d'en faire le trafic — Le ministre a demandé l'annulation du sursis ainsi que le classement de son appel en application de l'art. 68(4) de la LIPR — Il s'agissait de savoir si le libellé de l'art. 68(4) a pour effet de priver la SAI de la compétence pour entendre l'argument constitutionnel du demandeur et se prononcer sur celui-ci — Examen de la jurisprudence relative à la compétence des tribunaux administratifs pour se prononcer sur des questions relatives à la Charte — Le libellé de l'art. 68(4) a pour effet de limiter expressément la compétence de la SAI à la question de décider si les faits de l'espèce assujettissent l'appelant au libellé de la disposition — Il prive la SAI de la compétence pour trancher des questions de droit, notamment des questions de validité constitutionnelle — Le demandeur pourra trouver un tribunal pour contester la constitutionnalité de l'art. 68(4) de la LIPR — Demande rejetée — La question suivante a été certifiée : la Section d'appel de l'immigration a-t-elle compétence pour se prononcer sur une contestation de la constitutionnalité de l'art. 68(4) de la LIPR?*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board that it lacked jurisdiction to consider a challenge to the constitutionality of subsection 68(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The applicant, who is a permanent resident of Canada, has been subject to a deportation order since 1995 as a result of his extensive criminal record. His deportation was stayed by order of the Immigration Appeal Division on several conditions. As a result of the applicant having been convicted of possession

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié disant qu'elle n'avait pas compétence pour examiner une contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Le demandeur, qui est résident permanent au Canada, fait l'objet d'une mesure de renvoi depuis 1995 en raison de son lourd casier judiciaire. La Section d'appel de l'immigration a ordonné la suspension de cette mesure de renvoi sous réserve

of heroin for the purpose of trafficking, the Minister of Citizenship and Immigration applied to cancel his stay and terminate his appeal under subsection 68(4) of the IRPA. The latter provides that where the IAD has stayed a removal order involving a permanent resident who had been found to be inadmissible on the basis of serious criminality or criminality, and the individual is convicted of another serious offence, his stay is cancelled by operation of law, and the appeal terminated. Prior to the hearing of the Minister's application, the applicant served a notice of constitutional question, alleging that subsection 68(4) of IRPA violates sections 7 and 15 of the Charter. The IAD held that it did not have the requisite jurisdiction to consider the applicant's Charter challenge and that once it determines that the factual requirements of subsection 68(4) have been met, it then loses jurisdiction over the individual by operation of law. The only issue was whether the IAD erred in deciding that it did not have the jurisdiction to consider the constitutionality of subsection 68(4).

*Held*, the application should be dismissed.

A question as to the jurisdiction of an administrative tribunal to decide a question as to the constitutionality of a provision in its enabling legislation must be reviewed against a standard of correctness. In a trilogy of cases decided in the early 1990s, the Supreme Court of Canada emphasized the compelling policy considerations favouring the jurisdiction of administrative tribunals to determine the constitutionality of their enabling legislation. Later in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, the Supreme Court applied the trilogy somewhat narrowly, and held that such jurisdiction would only be found to exist where the tribunal's enabling legislation either expressly or by implication conferred the power on the tribunal in issue to decide such questions. In determining whether an administrative tribunal implicitly had the power to decide questions of constitutionality, it will be necessary to conduct a pragmatic and functional analysis of the tribunal and its jurisdiction. In 2003, the Supreme Court revisited the issue yet again in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia Workers' Compensation Board v. Laseur*, which teaches that one must look first to whether the administrative tribunal has the express or implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. Where a tribunal is found to have the jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision under the Charter. Finally, it was said in *Martin* that, where a party asserts that a tribunal lacks jurisdiction to apply the Charter, the burden will be on that party to rebut the presumption in favour of Charter competence.

de plusieurs conditions. Comme le demandeur a été condamné pour possession d'héroïne en vue d'en faire le trafic, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a demandé l'annulation du sursis ainsi que le classement de son appel en application du paragraphe 68(4) de la LIPR. Ce paragraphe prévoit que lorsque la SAI a sursis à une mesure de renvoi frappant un résident permanent qui est interdit de territoire pour grande criminalité ou criminalité et que la personne est reconnue coupable d'une autre infraction grave, le sursis est révoqué de plein droit et l'appel est classé. Avant la tenue de l'audience de la demande faite par le ministre, le demandeur a fait signifier un avis portant sur une question constitutionnelle, alléguant que le paragraphe 68(4) de la LIPR viole les articles 7 et 15 de la Charte. La SAI a conclu qu'elle n'avait pas la compétence requise pour examiner la contestation fondée sur la Charte et que dès qu'elle juge que les conditions de fait mentionnées dans le paragraphe 68(4) ont été satisfaites, elle perd, de plein droit, compétence sur la personne. L'unique question en litige était de savoir si la SAI a commis une erreur en décidant qu'elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité du paragraphe 68(4).

*Jugement* : la demande est rejetée.

La question de savoir si un tribunal administratif est compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante doit être examinée en fonction de la norme de la décision correcte. Dans une trilogie d'arrêts rendus au début des années 90, la Cour suprême du Canada a mis l'accent sur d'importantes considérations de principe favorisant la compétence des tribunaux administratifs pour se prononcer sur la constitutionnalité de leur loi habilitante. Plus tard, dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, la Cour suprême a appliqué la trilogie d'une manière plutôt étroite et a jugé que l'on ne pourra conclure à l'existence d'une telle compétence que lorsque la loi habilitante du tribunal, expressément ou implicitement, confère le pouvoir au tribunal en cause de trancher de telles questions. Pour décider si un tribunal administratif a implicitement le pouvoir de se prononcer sur des questions de constitutionnalité, il sera nécessaire de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle du tribunal ainsi que de sa compétence. En 2003, la Cour suprême a une fois de plus examiné la question dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse Workers' Compensation Board) c. Laseur*, dans lequel la Cour a enseigné que l'on doit d'abord examiner si le tribunal administratif possède la compétence, expresse ou implicite, de se prononcer sur des questions de droit découlant de la disposition contestée. S'il est jugé que le tribunal a le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé comprendre le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition au regard de la Charte. Enfin,

In light of the Supreme Court's ruling in *Martin*, the first issue that had to be addressed was whether the tribunal in question had the express or implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. It was agreed that the applicant's situation fell squarely within the wording of subsection 68(4) of the Act. The effect of that wording is to expressly limit the jurisdiction of the IAD in relation to individuals in the applicant's situation to the determination of whether the facts of an individual case bring him within the wording of the provision, thus rebutting the presumption in favour of Charter jurisdiction. If the facts bring an individual case within subsection 68(4), the IAD loses jurisdiction over the individual, with the stay being cancelled and the appeal being terminated by operation of law. In enacting the *Immigration and Refugee Protection Act* in 2002, Parliament re-balanced the interests of public safety and individual rights by broadening the categories of persons who may be removed without an appeal to the IAD. The applicant will not be left without a forum in which to pursue his constitutional challenge to subsection 68(4) of IRPA. It is open to him to commence an action in this Court, seeking a declaration that the legislative provision in issue is unconstitutional. The following question was certified: does the IAD have the jurisdiction to determine a constitutional challenge to IRPA, subsection 68(4)?

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(d), 36(1), 64, 68(1),(4), 162(1), 197.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 231 D.L.R. (4th) 385; 217

lorsqu'une partie prétend qu'un tribunal n'a pas compétence pour appliquer la Charte, la Cour suprême, dans l'arrêt *Martin*, a stipulé qu'il incombe à cette partie de réfuter la présomption de compétence en matière d'application de la Charte.

Compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Martin*, la première question qui devait être traitée était de savoir si le tribunal en question avait expressément ou implicitement compétence pour connaître des questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Les parties ont convenu que la situation du demandeur relevait clairement du paragraphe 68(4) de la LIPR. Le libellé du paragraphe 68(4) a pour effet de limiter expressément la compétence de la SAI à l'égard des personnes qui se trouvent dans la situation du demandeur à la question de décider si les faits de l'espèce assujettissent le demandeur au libellé de la disposition, réfutant ainsi la présomption en faveur de la compétence en matière d'application de la Charte. Si les faits de l'espèce assujettissent la situation du demandeur au libellé du paragraphe 68(4), la SAI perd compétence à l'égard de la personne de sorte que le sursis est annulé et l'appel est classé de plein droit. En adoptant la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en 2002, le législateur a rééquilibré la sécurité du public et les droits individuels en élargissant les catégories de personnes qui peuvent être renvoyées sans droit d'appel à la SAI. Le demandeur trouvera un tribunal où il pourra faire valoir sa contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la LIPR. Il lui est loisible d'engager une action devant la Cour afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la disposition législative en cause est inconstitutionnelle. La question suivante a été certifiée : la Section d'appel de l'immigration a-t-elle compétence pour se prononcer sur une contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la LIPR?

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (mod. par L.C 1995, ch. 15, art. 13).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)d, 36(1), 64, 68(1),(4), 162(1), 197.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; 2003 C.S.C. 54; *Kroon c.*

N.S.R. (2d) 301; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 28 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54; *Kroon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 315; 252 F.T.R. 257; 36 Imm. L.R. (3d) 244; 2004 FC 697.

## CONSIDERED:

*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds* (1997), 139 F.T.R. 315; 42 Imm. L.R. (2d) 175 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 50 Admin. L.R. 44; 91 CLLC 14,024; 4 C.R.R. (2d) 1; 122 N.R. 361; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 48; (2004), 238 D.L.R. (4th) 328; 116 C.R.R. (2d) 268; 35 Imm. L.R. (3d) 161; 318 N.R. 252; 2004 FCA 85; aff'd [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 339 N.R. 1; 2005 SCC 51.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (*Ferri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), [2004] I.A.D.D. No. 720 (QL) that it lacked jurisdiction to consider a challenge to the constitutionality of subsection 68(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act* under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Joel Sandaluk* for applicant.  
*Lorne McClenaghan* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Mamann & Associates*, Toronto, for applicant.

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 697.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds*, [1997] A.C.F. n° 1763 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 48; 2004 CAF 85; conf. par [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*Ferri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*), [2004] D.S.A.I. n° 720 (QL) disant qu'elle n'avait pas compétence pour examiner une contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en vertu des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Joel Sandaluk* pour le demandeur.  
*Lorne McClenaghan* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Mamann & Associates*, Toronto, pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada for respondent.*

*Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.*

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

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

[1] MACTAVISH J.: The issue in this application is whether the Immigration Appeal Division [IAD] of the Immigration and Refugee Board has the jurisdiction to consider a challenge to the constitutionality of subsection 68(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27, IRPA] under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[1] LA JUGE MACTAVISH : Dans la présente demande, la Cour est appelée à décider si la Section d'appel de l'immigration [SAI] de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a compétence pour examiner une contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27, LIPR] en vertu des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[2] For the reasons that follow, I find that the effect of subsection 68(4) of IRPA is to deprive the IAD of jurisdiction to decide questions of law, including questions of constitutional validity. As a consequence, Mr. Ferri's application for judicial review is dismissed.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le paragraphe 68(4) de la LIPR a pour effet de priver la SAI de la compétence de trancher des questions de droit, notamment des questions de validité constitutionnelle. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de M. Ferri est rejetée.

### Background

### Les faits

[3] Loreto Lorenzo Ferri is an Italian citizen who has been in Canada since he was 11 years old. He is a permanent resident in this country. As a result of his extensive criminal record, Mr. Ferri has been subject to a deportation order since 1995, although his deportation was stayed by order of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board on several conditions. The stay was renewed from time to time, with the most recent order staying Mr. Ferri's deportation set to expire in December of 2002.

[3] Loreto Lorenzo Ferri est un citoyen italien qui vit au Canada depuis l'âge de 11 ans. Il a le statut de résident permanent au Canada. En raison de son lourd casier judiciaire, M. Ferri fait l'objet d'une mesure de renvoi depuis 1995. La Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la suspension de cette mesure de renvoi sous réserve de plusieurs conditions. La suspension a été renouvelée périodiquement et la plus récente ordonnance de suspension du renvoi de M. Ferri devait expirer en décembre 2002.

[4] As a result of Mr. Ferri having been convicted of possession of heroin for the purpose of trafficking, the Minister applied to cancel his stay, and terminate his appeal, due to the operation of subsection 68(4) of IRPA. This subsection provides that where the IAD has stayed a removal order involving a permanent resident who had been found to be inadmissible on the basis of serious criminality or criminality, and the individual is

[4] Comme M. Ferri a été condamné pour possession d'héroïne en vue d'en faire le trafic, le ministre a demandé l'annulation de la suspension ainsi que l'annulation de son appel du fait de l'application du paragraphe 68(4) de la LIPR. Ce paragraphe prévoit que lorsque la SAI a sursis à une mesure de renvoi frappant un résident permanent qui est interdit de territoire pour grande criminalité ou criminalité et que la personne est

convicted of another serious offence, the individual's stay is cancelled by operation of law, and the appeal terminated.

[5] It is common ground that Mr. Ferri's narcotics conviction brings him within the provisions of subsection 68(4).

[6] Prior to the hearing of the Minister's application to cancel Mr. Ferri's stay and terminate his appeal, Mr. Ferri served a notice of constitutional question, alleging that subsection 68(4) of IRPA violates sections 7 and 15 of the Charter.

#### The IAD's Decision

[7] In a decision dated November 2, 2004 [*Ferri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] I.A.D.D. No. 720 (QL)], the IAD held that it did not have the requisite jurisdiction to consider Mr. Ferri's Charter challenge.

[8] The Board noted that subsection 162(1) of IRPA gives it the power to consider all questions of law, including questions of jurisdiction. As a result of the decision of the Supreme Court of Canada in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, the IAD is thus presumed to have jurisdiction to decide constitutional questions, unless Parliament has either expressly, or impliedly, removed that power from the tribunal.

[9] The IAD found that this presumption is rebutted in this case by the wording of subsection 68(4) of IRPA, which, it says, expressly deprives the IAD of the power to decide questions of law, including constitutionality.

[10] According to the IAD, the effect of subsection 68(4) is to limit the jurisdiction of the IAD to determining whether the factual requirements of the

reconnue coupable d'une autre infraction grave, le sursis est révoqué de plein droit et l'appel est classé.

[5] Il n'est pas contesté que la déclaration de culpabilité de M. Ferri quant à une infraction relative à des stupéfiants fait tomber ce dernier sous le coup des dispositions du paragraphe 68(4).

[6] Avant la tenue de l'audience de la demande faite par le ministre en vue d'obtenir l'annulation du sursis de M. Ferri et le classement de son appel, M. Ferri a fait signifier un avis portant sur une question constitutionnelle car il prétend que le paragraphe 68(4) de la LIPR viole les articles 7 et 15 de la Charte.

#### La décision de la SAI

[7] Dans une décision datée du 2 novembre 2004 [*Ferri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] D.S.A.I. n° 720 (QL)], la SAI a conclu qu'elle n'avait pas la compétence requise pour examiner la contestation de M. Ferri fondée sur la Charte.

[8] La Commission a souligné que le paragraphe 162(1) de la LIPR lui donne compétence pour connaître des questions de droit, y compris les questions de compétence. Par suite de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, la SAI est présumée avoir compétence pour trancher des questions d'ordre constitutionnel, sauf si le législateur a expressément ou implicitement retiré ce pouvoir au tribunal.

[9] La SAI a conclu que, en l'espèce, la présomption de compétence est réfutée par le libellé du paragraphe 68(4) de la LIPR lequel, selon elle, la prive expressément du pouvoir de trancher des questions de droit, notamment des questions d'ordre constitutionnel.

[10] Selon la SAI, le paragraphe 68(4) limite sa compétence au pouvoir de décider si les conditions de fait mentionnées dans le paragraphe sont satisfaites.

subsection are met. That is, the IAD can only consider whether it has previously stayed a removal order; whether the individual in question is a permanent resident or foreign national who was found inadmissible on grounds of serious criminality or criminality; and whether the individual has been convicted of another offence coming within subsection 36(1) of IRPA.

[11] The IAD concluded that once it determines that the factual requirements of the subsection have been met, it then loses jurisdiction over the individual, by operation of law.

[12] As a consequence, the IAD refused to entertain Mr. Ferri's constitutional challenge, the stay was cancelled, and his appeal terminated.

#### Issue

[13] The only issue in this case is whether the IAD erred in deciding that it did not have the jurisdiction to consider the constitutionality of subsection 68(4). No challenge to the constitutionality of the legislation itself is presently before this Court.

#### Standard of Review

[14] Neither party addressed the issue of the appropriate standard of review in their submissions. I am satisfied that a question as to the jurisdiction of an administrative tribunal to decide a question as to the constitutionality of a provision in its enabling legislation must be reviewed against a standard of correctness.

#### Relevant Statutory Provisions

[15] The following provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* are in issue in this case:

3. . . .

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

...

Donc, la SAI ne peut examiner que les éléments suivants : elle doit examiner si elle a effectivement sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi; si la personne visée est un résident permanent ou un étranger qui a été interdit de territoire pour grande criminalité ou criminalité; si la personne visée a été reconnue coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1) de la LIPR.

[11] La SAI a conclu que dès qu'elle juge que les conditions de fait mentionnées dans le paragraphe ont été satisfaites, elle perd, de plein droit, compétence sur la personne.

[12] Par conséquent, la SAI a refusé d'entendre la contestation constitutionnelle de M. Ferri, le sursis a été annulé et on a classé l'appel de M. Ferri.

#### La question en litige

[13] En l'espèce, l'unique question en litige est de savoir si la SAI a commis une erreur en décidant qu'elle n'avait pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité du paragraphe 68(4). La Cour n'est présentement saisie d'aucune contestation de la constitutionnalité de la loi elle-même.

#### La norme de contrôle

[14] Aucune des parties n'a traité dans ses observations de la question de la norme de contrôle appropriée. Je suis convaincu que la question de savoir si un tribunal administratif est compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition de sa loi habilitante doit être examinée en fonction de la norme de la décision correcte.

#### Les dispositions législatives pertinentes

[15] Les dispositions suivantes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont en litige en l'espèce :

3. [. . .]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

[. . .]

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

...

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

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

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

...

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

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

...

**68. . . .**

(4) If the Immigration Appeal Division has stayed a removal order against a permanent resident or a foreign national who was found inadmissible on grounds of serious criminality or criminality, and they are convicted of another offence referred to in subsection 36(1), the stay is cancelled by operation of law and the appeal is terminated.

...

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

[. . .]

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

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

b) Être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

(c) commettre à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

[. . .]

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

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

[. . .]

**68. [. . .]**

(4) Le sursis de la mesure de renvoi pour interdiction de territoire pour grande criminalité ou criminalité est révoqué de plein droit si le résident permanent ou l'étranger est reconnu coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1), l'appel étant dès lors classé.

[. . .]

**162.** (1) Each Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

...

**197.** Despite section 192, if an appellant who has been granted a stay under the former Act breaches a condition of the stay, the appellant shall be subject to the provisions of section 64 and subsection 68(4) of this Act.

The Jurisprudence Relating to the Charter Jurisdiction of Administrative Tribunals

[16] The jurisprudence governing the power of administrative tribunals to apply the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has undergone a significant evolution in the last 15 years.

[17] The issue was first addressed by the Supreme Court of Canada in a trilogy of cases decided in the early 1990s: see *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. These cases emphasized the compelling policy considerations favouring the jurisdiction of administrative tribunals to determine the constitutionality of their enabling legislation. These policy considerations include the principle that invalid laws should not be applied, whether by the courts or administrative tribunals, as well as the principle that Canadians should be able to assert their rights in the most accessible forum available.

[18] The Court also felt that there was a benefit to be derived by having constitutional questions determined in the first instance in the environment in which the legislation operates. The informed opinion of expert tribunals was felt to be of assistance to the courts that would ultimately be called upon to decide these issues.

**162.** (1) Chacune des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait—y compris en matière de compétence—dans le cadre des affaires dont elle est saisie.

[...]

**197.** Malgré l'article 192, l'intéressé qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et qui n'a pas respecté les conditions du sursis, est assujéti à la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi, le paragraphe 68(4) lui étant par ailleurs applicable.

La jurisprudence relative à la compétence des tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions relatives à la Charte

[16] La jurisprudence régissant le pouvoir des tribunaux administratifs d'appliquer les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* a considérablement évolué au cours des 15 dernières années.

[17] La question a d'abord été examinée par la Cour suprême du Canada dans une trilogie d'arrêts rendus au début des années 90 : voir *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Dans ces arrêts, la Cour suprême a mis l'accent sur d'importantes considérations de principe favorisant la compétence des tribunaux administratifs pour se prononcer sur la constitutionnalité de leur loi habilitante. Ces considérations incluent le principe que des lois invalides ne devraient pas être appliquées par les cours de justice ou par les tribunaux administratifs ainsi que le principe que les Canadiens devraient pouvoir faire valoir leurs droits devant le tribunal le plus accessible.

[18] La Cour a également estimé qu'il était avantageux de faire trancher des questions constitutionnelles en première instance dans l'environnement dans lequel la loi s'applique. On a estimé que l'opinion éclairée de tribunaux spécialisés serait utile aux cours de justice qui seraient éventuellement appelées à trancher ces questions.

[19] This ability of administrative tribunals to decide constitutional questions was not viewed by the Supreme Court as usurping the role of the courts as final arbiters of constitutionality, as tribunal decisions would always be reviewed against a standard of correctness.

[20] Some five years later, the Supreme Court revisited the trilogy in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. In *Cooper*, the Court appeared to retreat somewhat from its initial position, by applying the trilogy somewhat narrowly. According to *Cooper*, administrative tribunals will not automatically have the power to deal with Charter challenges to their enabling legislation. Such jurisdiction would only be found to exist where the tribunal's enabling legislation either expressly or by implication conferred the power on the tribunal in issue to decide such questions.

[21] In determining whether an administrative tribunal implicitly had the power to decide questions of constitutionality, it will be necessary to conduct a pragmatic and functional analysis of the tribunal and its jurisdiction. Consideration would have to be given to factors such as whether the tribunal had the power to determine questions of law, as well as to various practical matters, including the composition and structure of the tribunal, the procedure before the tribunal, the appeal route from the tribunal, and the expertise of the tribunal. At the same time, the Supreme Court observed that there could be pragmatic and functional policy concerns that argue for or against the tribunal having constitutional competence, while, at the same time, observing that such concerns will never supplant the intention of the legislature.

[22] In a strong dissent, Justices McLachlin and L'Heureux-Dubé clearly viewed the majority decision in *Cooper* as representing a significant retreat from the position originally espoused by the Supreme Court in the trilogy. In advocating greater latitude for administrative tribunals to apply the Charter, Justice

[19] Cette capacité des tribunaux administratifs à se prononcer sur des questions constitutionnelles n'a pas été considérée par la Cour suprême comme étant une usurpation du rôle d'arbitre ultime que les cours de justice jouent en matière de constitutionnalité car les décisions des tribunaux seront toujours examinées en fonction de la norme de la décision correcte.

[20] Environ cinq ans plus tard, la Cour suprême a examiné de nouveau la trilogie dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Dans l'arrêt *Cooper*, la Cour suprême a semblé s'éloigner quelque peu de sa position initiale en appliquant la trilogie d'une manière plutôt étroite. Selon l'arrêt *Cooper*, les tribunaux administratifs n'ont pas automatiquement le pouvoir de se prononcer sur les contestations, fondées sur la Charte, de leur loi habilitante. On ne pourra conclure à l'existence d'une telle compétence que lorsque la loi habilitante du tribunal, expressément ou implicitement, confère le pouvoir au tribunal en cause de trancher de telles questions.

[21] Pour décider si un tribunal administratif a implicitement le pouvoir de se prononcer sur des questions de constitutionnalité, il sera nécessaire de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle du tribunal ainsi que de sa compétence. On devra tenir compte de la question de savoir si le tribunal avait le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit ainsi que de diverses questions pratiques comme la composition et la structure du tribunal, la procédure qui est suivie devant ce dernier, les voies d'appel existant contre les décisions qu'il rend et son expertise. En même temps, la Cour suprême a fait remarquer que des considérations d'ordre pratique et fonctionnel peuvent par ailleurs militer pour ou contre l'existence d'une compétence en matière constitutionnelle, quoique de telles considérations ne puissent jamais prendre le pas sur l'intention du législateur.

[22] Dans une forte dissidence, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé ont clairement considéré la décision rendue par la majorité dans *Cooper* comme étant une dérogation importante à la position initialement prise par la Cour suprême dans la trilogie. En préconisant que les tribunaux administratifs devraient jouir d'une plus

McLachlin wrote that (at paragraph 70):

The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribunals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals.

[23] In 2003, the Supreme Court revisited the issue yet again in the *Martin* decision previously cited, with the Court reappraising and restating the rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to apply the Charter. *Martin* identifies a series of factors that must be considered in determining whether a particular tribunal has the jurisdiction to determine the constitutional validity of its enabling legislation.

[24] In answering this question, *Martin* teaches that one must look first to whether the administrative tribunal has the express or implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. Explicit jurisdiction must be found in the terms of the statutory grant of authority, whereas implied jurisdiction must be found by looking at the statute as a whole. Relevant factors in this regard will include the statutory mandate of the tribunal in issue, and whether deciding questions of law is necessary for the effective fulfilment of this mandate; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. In relation to this last point, the Supreme Court was clear that practical considerations, cannot, however, override a clear implication from the statute itself.

[25] Where a tribunal is found to have the jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative

grande liberté pour appliquer la Charte, la juge McLachlin a écrit ce qui suit (au paragraphe 70) :

La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions.

[23] En 2003, la Cour suprême a une fois de plus examiné la question dans l'arrêt *Martin*, susmentionné, et elle a reconsidéré et reformulé les règles concernant la compétence des tribunaux en matière d'application de la Charte. Dans l'arrêt *Martin*, la Cour relève une série de facteurs qui doivent être pris en considération lorsque l'on décide si un tribunal particulier a compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi habilitante.

[24] Lorsqu'elle a répondu à cette question dans l'arrêt *Martin*, la Cour a enseigné que l'on doit d'abord examiner si le tribunal administratif possède la compétence, expresse ou implicite, pour se prononcer sur des questions de droit découlant de la disposition contestée. La compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante alors que la compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Parmi les facteurs à prendre en considération, il y a la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour l'accomplir efficacement, l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif, la question de savoir si ce tribunal est une instance juridictionnelle, ainsi que des considérations pratiques comme la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Quant à ce dernier point, la Cour suprême a clairement affirmé que les considérations pratiques ne peuvent cependant pas l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même.

[25] S'il est jugé que le tribunal a le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application

provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision under the Charter.

[26] Finally, where a party asserts that a tribunal lacks jurisdiction to apply the Charter, *Martin* establishes that the burden will be on that party to rebut the presumption in favour of Charter competence. This presumption may be rebutted by demonstrating either that there has been an explicit withdrawal of authority to consider the Charter, or that an examination of the statutory scheme clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the Charter (or a category of questions such as constitutional questions generally) from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. In this regard, the Supreme Court observed that such an implication should normally arise from the terms of the statute itself, as opposed to external considerations.

[27] How then do these principles apply in this case?

#### Mr. Ferri's Position

[28] In support of his contention that the IAD has the necessary jurisdiction to entertain his Charter challenge, Mr. Ferri points to subsection 162(1) of IRPA, which empowers the IAD to determine all questions of law, including questions of jurisdiction, in dealing with matters before it.

[29] Moreover, Mr. Ferri says, the *Martin* decision is clear that a party should be able to assert his or her Charter rights in the most accessible forum, which, in this case, is the IAD.

[30] Mr. Ferri submits that the decision of this Court in *Kroon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 15 Admin. L.R. (4th) 315 (F.C.), which held that the IAD lacks the power to decide the constitutionality of section 64 of IRPA, is distinguishable from the present case. In this regard, Mr. Ferri observes that while both section 64 and subsection 68(1) of the Act limit the jurisdiction of the IAD, under

d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé comprendre le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition au regard de la Charte.

[26] Enfin, lorsqu'une partie prétend qu'un tribunal n'a pas compétence pour appliquer la Charte, la Cour suprême, dans l'arrêt *Martin*, a stipulé qu'il incombe à cette partie de réfuter la présomption de compétence en matière d'application de la Charte. La partie peut réfuter la présomption en signalant que le pouvoir d'examiner la Charte a été retiré expressément ou qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la Charte (ou une catégorie de questions telles les questions de droit constitutionnel en général) des questions de droit soumises à l'examen du tribunal administratif en question. À cet égard, la Cour suprême a fait remarquer qu'une telle inférence doit en général émaner de la loi elle-même et non de considérations externes.

[27] Comment ces principes s'appliquent-ils en l'espèce?

#### Le point de vue de M. Ferri

[28] À l'appui de sa prétention que la SAI a la compétence nécessaire pour statuer sur sa contestation fondée sur la Charte, M. Ferri renvoie au paragraphe 162(1) de la LIPR, lequel donne compétence à la SAI pour connaître des questions de droit, y compris en matière de compétence, dans le cadre des affaires dont elle est saisie.

[29] En outre, M. Ferri affirme qu'il a clairement été énoncé dans l'arrêt *Martin* qu'une partie devrait pouvoir faire valoir ses droits garantis par la Charte devant le tribunal le plus accessible, lequel est, en l'espèce, la SAI.

[30] M. Ferri prétend que la décision rendue par la Cour dans *Kroon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 697, que la SAI n'a pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 64 de la LIPR, doit être distinguée de la présente cause. À cet égard, M. Ferri fait remarquer que bien que l'article 64 et le paragraphe 68(1) de la Loi limitent la compétence de la SAI, celle-ci, en vertu de

section 64, the IAD is precluded from asserting jurisdiction over an individual from the outset, whereas cases coming under subsection 68(1) of the Act involve situations where the IAD has already assumed jurisdiction over a person, having previously stayed the individual's removal.

[31] Further, given that the IAD has sole and exclusive jurisdiction over matters falling within subsection 68(1) of IRPA, Mr. Ferri says that there is no other forum in which he could challenge the constitutional validity of the provision in question.

[32] A review of the statutory scheme as a whole also militates in favour of the IAD having Charter competence under subsection 68(1), Mr. Ferri says. In addition to subsection 162(1) conferring the power on the IAD to decide questions of law, Mr. Ferri points to paragraph 3(3)(d) of IRPA, which requires that the Act be construed in a manner that ensures that decisions taken under the Act are taken in a manner that is consistent with the Charter.

[33] Mr. Ferri also points to the fact that IAD hearings are adjudicative in nature, as well as the fact that the IAD can hear and receive the evidence that he wants to adduce in support of his constitutional challenge. Given that he is already before the IAD, it is, therefore, the most accessible forum for the determination of the constitutional issue.

[34] The combined effect of these factors is that the IAD's conclusion that it lacked the necessary jurisdiction to decide the constitutional issue was wrong, Mr. Ferri says. As a consequence, the decision should be set aside, and the matter remitted to the IAD for redetermination.

#### Analysis

[35] In light of the Supreme Court's ruling in *Martin*, the fact that subsection 162(1) of IRPA empowers the IAD to determine all questions of law (including questions of jurisdiction) in dealing with matters before it, suggests that the IAD does indeed have the power to determine the constitutionality of subsection 68(1) of the Act. Moreover, given that Mr. Ferri is already before the

l'article 64 n'est pas admise à se déclarer d'entrée de jeu compétente quant à une personne, alors que les cas relevant du paragraphe 68(1) de la Loi concernent des situations où la SAI s'est déjà déclaré compétente quant à une personne, ayant antérieurement sursis au renvoi de la personne.

[31] De plus, compte tenu que la SAI a compétence exclusive pour connaître des affaires visées par le paragraphe 68(1) de la LIPR, M. Ferri affirme qu'il n'y a pas d'autre tribunal où il pourrait contester la constitutionnalité de la disposition en question.

[32] Selon M. Ferri, un examen du régime établi par la loi dans son ensemble milite également en faveur de l'idée que la SAI a compétence en matière d'application de la Charte en vertu du paragraphe 68(1). En plus du paragraphe 162(1) qui confère à la SAI le pouvoir de se prononcer sur des questions de droit, M. Ferri renvoie à l'alinéa 3(3)d) de la LIPR, lequel exige que la Loi soit interprétée d'une manière qui garantisse que les décisions rendues en vertu de celle-ci, le soient en conformité avec la Charte.

[33] M. Ferri souligne également le fait que les audiences de la SAI sont de nature juridictionnelle ainsi que le fait que la SAI peut entendre et recevoir la preuve qu'il entend déposer à l'appui de sa contestation fondée sur la Charte. Compte tenu qu'il se trouve déjà devant la SAI, il s'agit donc du tribunal le plus accessible où faire trancher la question constitutionnelle.

[34] Selon M. Ferri, l'effet combiné de ces facteurs est que la conclusion de la SAI qu'elle n'a pas compétence pour se prononcer sur la question constitutionnelle est erronée. Par conséquent, la décision devrait être annulée et l'affaire renvoyée à la SAI pour nouvelle décision.

#### Analyse

[35] Compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Martin*, le fait que le paragraphe 162(1) de la LIPR donne compétence à la SAI pour connaître des questions de droit (notamment des questions de compétence) dans le cadre des affaires dont elle est saisie, donne à penser que la SAI a effectivement le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité du

IAD, that tribunal is indeed the most accessible forum for him to mount his Charter challenge, further militating in favour of finding that the IAD has Charter jurisdiction in this case.

[36] However, *Martin* also makes it clear that before the Court can look to these types of considerations in a jurisdictional analysis such as this, the first issue that has to be addressed is whether the tribunal in question has the express or implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision.

[37] Reference must thus be had to the wording of subsection 68(4), which will be repeated here for ease of reference:

68. . . .

(4) If the Immigration Appeal Division has stayed a removal order against a permanent resident or a foreign national who was found inadmissible on grounds of serious criminality or criminality, and they are convicted of another offence referred to in subsection 36(1), the stay is cancelled by operation of law and the appeal is terminated.

[38] As was noted earlier, the parties agree that Mr. Ferri's situation falls squarely within this provision. The only question is whether the effect of the wording of the section is to deprive the IAD of jurisdiction to hear and decide Mr. Ferri's constitutional argument.

[39] I am of the view that while the IAD may have a general power to decide questions of law and jurisdiction necessary for the resolution of cases coming before it, the effect of the wording of subsection 68(4) is to expressly limit the jurisdiction of the IAD in relation to individuals in Mr. Ferri's situation to the determination of whether the facts of an individual case bring the applicant within the wording of the provision, thus rebutting the presumption in favour of Charter jurisdiction.

paragraphe 68(1) de la Loi. En outre, compte tenu que M. Ferri se trouve déjà devant la SAI, ce tribunal est effectivement le tribunal qui lui est le plus accessible pour faire valoir sa contestation fondée sur la Charte, ce qui milite davantage en faveur de l'idée de conclure que la SAI a compétence en l'espèce en matière d'application de la Charte.

[36] Toutefois, selon l'arrêt *Martin*, il est également clair que, avant que la Cour ne puisse examiner ce genre de considérations dans une analyse relative à la compétence comme c'est le cas de la présente analyse, la première question qui doit être traitée est celle qui consiste à savoir si le tribunal en question a expressément ou implicitement compétence pour connaître des questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée.

[37] Il faut se rapporter au paragraphe 68(4), lequel est, par souci de commodité, reproduit à nouveau ci-dessous :

68. [ . . . ]

(4) Le sursis de la mesure de renvoi pour interdiction de territoire pour grande criminalité ou criminalité est révoqué de plein droit si le résident permanent ou l'étranger est reconnu coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1), l'appel étant dès lors classé.

[38] Comme il a déjà été souligné, les parties conviennent que la situation de M. Ferri relève clairement de la disposition susmentionnée. La seule question qui se pose est de savoir si le libellé de cet article a pour effet de priver la SAI de la compétence d'entendre l'argument constitutionnel de M. Ferri et de se prononcer sur celui-ci.

[39] Selon moi, bien que la SAI détienne un pouvoir général de connaître des questions de droit ainsi que la compétence nécessaire pour le règlement des causes dont elle est saisie, le libellé du paragraphe 68(4) a pour effet de limiter expressément la compétence de la SAI à l'égard des personnes qui se trouvent dans la situation de M. Ferri à la question de décider si les faits de l'espèce assujettissent l'appelant au libellé de la disposition, réfutant ainsi la présomption en faveur de la compétence en matière d'application de la Charte.

[40] That is, the IAD's jurisdiction is limited to answering the following questions:

1. Is the individual in question a foreign national or permanent resident?
2. Has the individual previously been found to be inadmissible on grounds of serious criminality or criminality?
3. Has the IAD previously stayed a removal order made in relation to that individual?
4. Has the individual been convicted of another offence referred to in subsection 36(1)?

[41] If the answer to each of these questions is in the affirmative, as is admittedly the case here, then the section is clear: the IAD loses jurisdiction over the individual, with the stay being cancelled and the appeal being terminated by operation of law.

[42] While Mr. Ferri has advanced a number of arguments that would favour finding Charter jurisdiction in the IAD in cases such as this, these considerations cannot override the express wording of the statute. In this regard, the wording of subsection 68(4) clearly reflects Parliament's intent to limit the jurisdiction of the IAD in cases such as this.

[43] This interpretation is consistent with the fact that, in enacting the *Immigration and Refugee Protection Act* in 2002, Parliament re-balanced the interests of public safety and individual rights by broadening the categories of persons who may be removed without an appeal to the IAD: *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 48 (F.C.A.), at paragraph 55; *affd* [2005] 2 S.C.R. 539. While *Medovarski* dealt with section 64 of IRPA, I am of the view that this observation is equally applicable to the present case.

[44] As was noted previously, Justice Rouleau came to a similar conclusion in the *Kroon* case previously

[40] La compétence de la SAI se limite donc à répondre aux questions suivantes :

1. La personne en question est-elle un étranger ou un résident permanent?
2. La personne a-t-elle déjà été interdite de territoire pour grande criminalité ou criminalité?
3. La SAI a-t-elle déjà sursis à une mesure de renvoi en rapport avec cette personne?
4. La personne a-t-elle été reconnue coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1)?

[41] Si la réponse à chacune de ces questions est affirmative, comme c'est certes le cas en l'espèce, alors l'article est clair : la SAI perd compétence à l'égard de la personne et le sursis est annulé et l'appel est classé.

[42] Bien que M. Ferri ait fait valoir un certain nombre d'arguments qui favoriseraient une conclusion de compétence de la SAI en matière d'application de la Charte dans les causes comme celle en l'espèce, ces considérations ne sauraient l'emporter sur le libellé explicite de la loi. À cet égard, le libellé du paragraphe 68(4) reflète clairement l'intention du législateur de limiter la compétence de la SAI dans des causes comme celle en l'espèce.

[43] Cette interprétation est compatible avec le fait que, en adoptant la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en 2002, le législateur a rééquilibré la sécurité du public et les droits individuels en élargissant les catégories de personnes qui peuvent être renvoyées sans droit d'appel à la SAI : *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 48 (C.A.F.), au paragraphe 55; confirmé par [2005] 2 R.C.S. 539. Selon moi, bien que l'arrêt *Medovarski* traite de l'article 64 de la LIPR, l'observation précédente s'applique également à la présente espèce.

[44] Comme il a déjà été souligné, le juge Rouleau est arrivé à une conclusion semblable dans la décision

cited. While *Kroon* also dealt with section 64 of IRPA, rather than subsection 68(4), I am of the view that his reasoning is equally applicable in this case. The fact that section 64 operates to prevent the IAD from assuming jurisdiction over an individual, whereas subsection 68(1) of the Act contemplates situations where the IAD has already assumed jurisdiction over a person does not, in my view, justify ignoring the express language of the provision, and finding constitutional jurisdiction where it would not otherwise exist.

[45] Finally, reference should be made to the decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds* (1997), 139 F.T.R. 315 (F.C.T.D.). *Reynolds* was decided under subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] of the previous *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], which deprived a would-be appellant of a right of appeal in relation to a deportation order that had previously been stayed, where the individual in question had been found to be a danger to the public. The respondent relies on *Reynolds* in support of its contention that the IAD is without jurisdiction to entertain Mr. Ferri's constitutional challenge.

[46] While in *Reynolds* the Court came to a similar conclusion as to the IAD's lack of jurisdiction to decide a Charter question in analogous circumstances, I am reluctant to ascribe too much weight to the decision in *Reynolds*, given that it was decided under the previous *Immigration Act* and does not deal with the provision of the *Immigration and Refugee Protection Act* under scrutiny in this case.

[47] Even more importantly, *Reynolds* was decided prior to the Supreme Court of Canada's reformulation of the test for determining whether an administrative tribunal has Charter competence. While *Martin* does not appear to explicitly overrule every aspect of the *Reynolds* decision, I am nevertheless satisfied that the case must be approached with some caution for these reasons. As a consequence, I prefer to rely upon the analysis articulated above.

*Kroon*. Bien que la décision *Kroon* traite également de l'article 64 de la LIPR, plutôt que du paragraphe 68(4), je crois que le raisonnement du juge Rouleau s'applique également en l'espèce. Le fait que l'article 64 ait pour effet d'empêcher la SAI d'exercer sa compétence sur une personne, alors que le paragraphe 68(1) de la Loi vise les situations où la SAI a déjà exercé sa compétence sur une personne, ne justifie pas, selon moi, que l'on fasse fi du libellé formel de la disposition et que l'on conclue à la compétence constitutionnelle dans les cas où elle n'existerait par ailleurs pas.

[45] Enfin, il importe de mentionner la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds*, [1997] A.C.F. n° 1763 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). La décision *Reynolds* a été rendue en vertu du paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] de l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], lequel privait un appelant éventuel d'un droit d'appel relativement à une mesure de renvoi qui avait fait l'objet d'un sursis lorsque l'on jugeait que la personne en question représentait un danger pour la sécurité publique. Le défendeur invoque la décision *Reynolds* à l'appui de sa prétention que la SAI n'a pas compétence pour examiner la contestation constitutionnelle de M. Ferri.

[46] Bien que dans la décision *Reynolds* la Cour, dans des circonstances analogues, en est venue à la même conclusion quant au défaut de compétence de la SAI de se prononcer sur une question d'application de la Charte, j'hésite à accorder une trop grande importance à cette décision *Reynolds*, compte tenu qu'elle a été rendue en fonction de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et qu'elle ne traite pas de la disposition de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* examinée en l'espèce.

[47] Plus important encore, la décision *Reynolds* a été rendue avant que la Cour suprême du Canada ne formule à nouveau le critère qui permet de décider si un tribunal administratif a compétence en matière d'application de la Charte. Bien que l'arrêt *Martin* ne semble pas infirmer implicitement chaque aspect de la décision *Reynolds*, je suis néanmoins convaincu que, pour ces motifs, il faut procéder avec une certaine prudence. Par conséquent, je préfère me fier à l'analyse exposée ci-dessus.

[48] Finally, I do not accept that Mr. Ferri will be left without a forum in which to pursue his constitutional challenge to subsection 68(4) of IRPA. It is entirely open to him to commence an action in this Court, seeking a declaration that the legislative provision in issue is unconstitutional. It would then also be open to Mr. Ferri to adduce the evidence before this Court that he believes will support his challenge.

### Conclusion

[49] For these reasons, the application is dismissed.

### Certification

[50] The parties jointly propose the following question for certification:

Does the Immigration Appeal Division have the jurisdiction to determine a constitutional challenge to section 68(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

[51] I agree that this is an appropriate question for certification, and accordingly, the question will be certified.

### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. This application for judicial review is dismissed.
2. The following serious question of general importance is certified:

Does the Immigration Appeal Division have the jurisdiction to determine a constitutional challenge to section 68(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

[48] Enfin, je n'accepte pas que M. Ferri ne puisse trouver un tribunal où il pourra faire valoir sa contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la LIPR. Il lui est tout à fait loisible d'engager une procédure devant la Cour afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la disposition législative en cause est inconstitutionnelle. Il est également loisible à M. Ferri de présenter devant la Cour la preuve qui, selon lui, étayera sa contestation.

### Conclusion

[49] Pour ces motifs, la demande est rejetée.

### Certification

[50] Les parties proposent conjointement de soumettre la question suivante à la certification :

La Section d'appel de l'immigration a-t-elle compétence pour se prononcer sur une contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

[51] Je conviens qu'il s'agit d'une question qu'il convient de certifier et, par conséquent, la question sera certifiée.

### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE QUE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire soit rejetée.
2. La question grave de portée générale suivante soit certifiée :

La Section d'appel de l'immigration a-t-elle compétence pour se prononcer sur une contestation de la constitutionnalité du paragraphe 68(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

A-210-05  
2005 FCA 417

A-210-05  
2005 CAF 417

**Sukhdev Singh** (*Appellant*)

**Sukhdev Singh** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Noël and Sexton J.J.A.  
—Toronto, November 29; Ottawa, December 9, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Noël et Sexton,  
J.C.A.—Toronto, 29 novembre; Ottawa, 9 décembre  
2005.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision upholding Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board finding Immigration and Refugee Protection Act, s. 197, transitional provision regarding inadmissible persons, applying to appellant — Appellant permanent resident of Canada found inadmissible for serious criminality after conviction for robbery — Ordered deported, but on appeal Board granted stay of removal — Stay subject to conditions, including that “he keep the peace and be of good behaviour” — Appellant breaching condition of stay when subsequently committing assault with weapon — Convicted thereof some 17 months later — Immigration Act replaced by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) on June 28, 2002 between time of assault, conviction — Notice of cancellation of stay, termination of appeal issued under IRPA — Board upheld notice, appellant removed from Canada — Federal Court certified questions as to (a) whether time of breach, as regards s. 197, is time of conviction or commission of offence; and (b) whether s. 197 can be applied retrospectively to situation where offence occurred prior to coming into force of IRPA but conviction occurred thereafter — IRPA, s. 197 defining who caught by IRPA, s. 68(4) — S. 68(4) mandating cancellation of stays, termination of appeals of individuals found inadmissible on grounds of serious criminality who have obtained stay of removal order but subsequently convicted of other serious offence — Offence itself constituting breach of condition — Federal Court correct in finding appellant breaching condition of stay when committing offence — S. 197 not specifying appellant shall be subject to provisions of s. 68(4) if breaching condition of stay upon or after coming into force of Act — S. 197 intended to apply to those granted stay under former Immigration Act who breach condition thereof — Therefore, s. 197 applying to appellant, subject to s. 68(4) — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'art. 197 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, une disposition transitoire concernant l'interdiction de territoire, s'appliquait à l'appellant — L'appellant est un résident permanent du Canada qui a été interdit de territoire pour grande criminalité après avoir été reconnu coupable de vol qualifié — Il a été frappé d'une mesure d'expulsion mais, en appel, la Commission a accordé un sursis à l'exécution du renvoi — Le sursis était assorti de conditions, notamment celle de « ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite » — L'appellant a violé cette condition lorsqu'il a plus tard commis une agression armée — Il a été déclaré coupable environ 17 mois plus tard — Entre la date de l'agression et celle de la déclaration de culpabilité, la Loi sur l'immigration a été remplacée par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) le 28 juin 2002 — Un avis d'annulation du sursis et de classement de l'appel a été délivré en vertu de la LIPR — La Commission a confirmé l'avis et l'appellant a été renvoyé du Canada — La Cour fédérale a certifié une question quant à savoir a) si la date de l'observation dont parle l'art. 197 est la date de la déclaration de culpabilité ou celle à laquelle l'infraction a été commise, et b) si l'art. 197 peut être appliqué rétroactivement dans un cas où l'infraction a été commise avant l'entrée en vigueur de la LIPR mais où la déclaration de culpabilité a été prononcée après — L'art. 197 de la LIPR définit les personnes qui sont visées par l'art. 68(4) — L'art. 68(4) prescrit l'annulation des sursis et le classement des appels des individus interdits de territoire pour grande criminalité qui ont obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux mais qui sont ensuite reconnus coupables d'une autre infraction grave — C'est l'infraction elle-même qui constitue la violation de la condition — La Cour fédérale a eu raison de conclure que*

*Construction of Statutes — Appeal from Federal Court decision upholding Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board finding Immigration and Refugee Protection Act, s. 197, transitional provision regarding inadmissible persons, applying to appellant even though committed serious offence, breached condition of stay of removal order before section enacted — Neither Board nor Federal Court appreciating IRPA, s. 197 might have retrospective effects — Generally, statutes not to be construed as having retrospective operation — Despite presumption, statutory language may expressly or by necessary implication require retrospective operation — Courts must respect retrospective effects of legislation where legislature clearly so intended — S. 197 intended to apply to all those granted stay under former Immigration Act who breach condition thereof, regardless of when breach occurring — Retrospective effect of s. 197 clear when considered in context of other IRPA transitional provisions — Ss. 190, 192, 197 operating together to define to whom IRPA retrospectively applying — Presumption against retrospectivity not applying to s. 197 — Rule of statutory interpretation irrelevant to statutes aiming at protecting public — IRPA, ss. 197, 68(4) intended to protect public — S. 197 clearly intended to be retrospective, applying to case in which offence occurring before June 28, 2002, but conviction occurring thereafter — Appropriate interpretation in s. 197 of time of breach is time of offence.*

This was an appeal from the Federal Court's dismissal of a judicial review application of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board finding that section 197 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) applied. Section 197, a transitional provision, states that the provision of the IRPA (section 192) that cancels the stay and terminates the appeal applies to individuals who had been granted a stay of deportation under the former *Immigration Act*, and who have breached a condition thereof. The appellant, an Indian citizen, was a permanent resident of Canada but was found inadmissible for serious criminality after being convicted of robbery. Ordered

*l'appelant a violé la condition du sursis lorsqu'il a commis l'infraction — L'art. 197 ne spécifie pas que l'appelant sera assujéti aux dispositions de l'art. 68(4) s'il viole une condition du sursis au moment de ou après l'entrée en vigueur de la Loi — L'art. 197 est destiné à s'appliquer à ceux à qui un sursis a été accordé dans le cadre de l'ancienne Loi sur l'immigration qui violent une condition de ce sursis — Par conséquent, l'art. 197 s'applique à l'appelant, sous réserve de l'art. 68(4) — Appel rejeté.*

*Interprétation des lois — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'art. 197 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, une disposition transitoire concernant les interdits de territoire, s'appliquait à l'appelant même s'il a commis une infraction grave et s'il a violé une condition au sursis à l'exécution de son renvoi avant que l'article soit adopté — Ni la Commission ni la Cour fédérale n'ont semblé se rendre compte que l'art. 197 de la LIPR pouvait avoir un effet rétroactif — En règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive — Cependant, malgré cette présomption, le libellé de la loi peut exiger, expressément ou implicitement, une application rétroactive — Les tribunaux doivent respecter l'effet rétroactif d'une loi lorsque le législateur a clairement indiqué que la loi doit avoir un tel effet — L'art. 197 est destiné à s'appliquer à tous ceux à qui un sursis a été accordé dans le cadre de l'ancienne Loi sur l'immigration et qui violent une condition de ce sursis, peu importe le moment où cela se produit — L'effet rétroactif de l'art. 197 est évident lorsqu'on l'examine dans le contexte des autres dispositions transitoires de la LIPR — Les art. 190, 192 et 197 agissent ensemble pour définir les personnes auxquelles la LIPR s'applique rétroactivement — La présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas à l'art. 197 — Cette règle d'interprétation législative n'est pas pertinente pour les lois qui visent à protéger le public — Les art. 197 et 68(4) de la LIPR visent à protéger le public — Il est clair que l'art. 197 est destiné à avoir un effet rétroactif, car il s'applique dans les cas où une infraction a été commise avant le 28 juin 2002, mais où la déclaration de culpabilité a été prononcée plus tard — La date de la violation pour l'art. 197 est celle de l'infraction.*

Il s'agissait d'un appel du rejet, par la Cour fédérale, d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'article 197 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) s'appliquait. L'article 197, une disposition transitoire, prévoit que la disposition de la LIPR (article 192) qui entraîne l'annulation du sursis et le classement de l'appel vise les intéressés qui ont obtenu un sursis au titre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et qui n'ont pas respecté les conditions du sursis. L'appelant, un citoyen indien, était résident permanent du Canada, mais il a été interdit de territoire pour grande

deported, he appealed his deportation to the Board and was granted a stay of removal. The stay contained a number of conditions, including that “he keep the peace and be of good behaviour.” The appellant subsequently committed assault with a weapon and was convicted of that crime some 17 months later. Between the time of the assault and the appellant’s conviction, the *Immigration Act*, which had governed to that point, was replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act* on June 28, 2002. The appellant was issued a notice of cancellation of stay and a termination of appeal under the IRPA. The notice was based on the appellant’s breach of the condition that he “keep the peace and be of good behaviour.” Consequently, his stay was cancelled by operation of law and his appeal of his deportation was terminated. The Board upheld the notice and the appellant was removed from Canada shortly thereafter. Prior to finding that a transitional provision of the IRPA (section 197) applied to the appellant, the Board determined that the appellant had been granted a stay under the former *Immigration Act* and that he had breached a condition of the stay on or after the day that the IRPA came into force. The Board held that the breach occurred when the conviction was registered, and the conviction triggered section 197. On judicial review, the Federal Court held that “breach” is defined by commission of the offence but felt subsection 68(4) which uses the word “convicted” was the key to the interpretation of section 197. It certified the questions as to (a) whether the appropriate interpretation of the time of breach, as regards section 197, is the time of conviction or the time of commission of the offence; and (b) whether section 197 can be applied retrospectively to a situation where an offence occurred prior to the coming into force of the IRPA but the conviction occurred after the enactment.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Actions that constitute an offence, even if responsibility for them is only allocated upon conviction, are what actually disrupt the peace and good order of Canadian society. Although it may be only upon conviction that one may be able to determine that the appellant breached a condition of the stay, it is nevertheless the offence itself that constitutes the breach of the condition. The Federal Court correctly found that the condition of the stay was breached when the offence was committed. Section 197 does not state when the breach must have been committed. It essentially sets out a threshold test and defines whom among those with pending notices of appeal that were originally brought under the former *Immigration Act* are caught by subsection 68(4) of the IRPA.

criminalité après avoir été reconnu coupable de vol qualifié. Après avoir été frappé d’une mesure d’expulsion, il a interjeté appel de son expulsion devant la Commission et a obtenu un sursis à l’exécution du renvoi. Le sursis était assorti de plusieurs conditions, notamment celle de « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite ». L’appelant a ensuite commis une agression armée et a été reconnu coupable de ce crime 17 mois plus tard. Entre la date de l’agression et celle de la déclaration de culpabilité de l’appelant, la *Loi sur l’immigration*, à laquelle était soumis jusque là l’appelant, a été remplacée par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* le 28 juin 2002. Un avis d’annulation du sursis et de classement de l’appel a été signifié à l’appelant en vertu de la LIPR. L’avis reposait sur le fait que l’appelant n’avait pas respecté une condition de son sursis, soit « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite ». En conséquence, son sursis a été révoqué de plein droit et l’appel relatif à son expulsion a été classé. La Commission a confirmé l’avis et l’appelant a été renvoyé du Canada peu de temps après. Avant de conclure qu’une disposition transitoire de la LIPR (article 197) s’appliquait à l’appelant, la Commission a déterminé que l’appelant avait fait l’objet d’un sursis au titre de l’ancienne *Loi sur l’immigration* et qu’il avait violé une condition de ce sursis le jour de l’entrée en vigueur de la LIPR ou après cette date. La Commission a statué que la violation a eu lieu lorsque la déclaration de culpabilité a été inscrite et que la déclaration de culpabilité a déclenché l’application de l’article 197. Lors du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a statué que la « violation » est définie d’après la date de la perpétration de l’infraction, mais elle a estimé que le paragraphe 68(4) où figurent les mots « reconnu coupable » permettait d’interpréter de manière appropriée l’article 197. Elle a certifié une question quant à savoir a) si la date de l’inobservation ou violation dont parle l’article 197 est la date de la déclaration de culpabilité ou la date à laquelle l’infraction a été commise et b) si l’article 197 peut être appliqué rétroactivement dans un cas où l’infraction a été commise avant l’entrée en vigueur de la LIPR, mais où l’auteur de l’infraction a été reconnu coupable après l’entrée en vigueur de la Loi.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

Ce sont en réalité les gestes constituant l’infraction, même si la responsabilité pour ces derniers n’est imputée qu’au moment de la déclaration de culpabilité, qui troublent la paix et l’ordre public de la société canadienne. Même si ce n’est qu’au moment de la déclaration de culpabilité que l’on est en mesure de déterminer que l’appelant a violé une condition du sursis, c’est néanmoins l’infraction elle-même qui constitue la violation de la condition. La Cour fédérale a eu raison de conclure que la condition du sursis a été violée au moment où l’infraction a été commise. L’article 197 ne mentionne pas quand la violation doit avoir été commise. Il fixe essentiellement un critère préliminaire et il définit les intéressés qui, parmi ceux qui ont déposé un avis d’appel au

That subsection mandates the cancellation of stays and termination of appeals of individuals found inadmissible on the grounds of serious criminality who have obtained a stay of their removal order and are convicted of another serious offence. Even upon finding that section 197 applies to the appellant, conditions in subsection 68(4) must still be met before it can serve to cancel the appellant's stay and terminate his appeal. It is improper to rely on the conditions in subsection 68(4) to determine whether section 197 is applicable.

However, neither the Board nor the Federal Court seem to have appreciated that section 197 might actually have retrospective effects. In general, statutes are not to be construed as having retrospective operation. However, such a construction may expressly or by necessary implication be required by the statutory language. Courts must respect a legislature's clear intention that legislation have retrospective effect. Section 197 does not specify that the appellant shall be subject to the provisions of subsection 68(4) if the appellant "breaches a condition of the stay upon or after the coming into force of this Act." Parliament did not state when the breach is to occur in section 197 because it did not want to limit the application of the provision. Section 197 is intended to apply to all those granted a stay under the former *Immigration Act* who breach a condition thereof, regardless of when they do so. Moreover, the retrospective effect of section 197 is clear when it is considered in the context of the other transitional provisions of the IRPA. Essentially, sections 190, 192 and 197 operate together to define to whom the IRPA retrospectively applies. Section 190 states that the IRPA applies to every application, proceeding or matter under the former *Immigration Act* that is pending or in progress immediately before the IRPA comes into force. Therefore, the IRPA applies *prima facie* to the appellant's appeal. However, according to section 192, which provides an exception to 190, if a notice of appeal has been filed, the appeals are to be continued under the *Immigration Act*. Section 197, containing an exception to the section 192 exception, captures those sheltered under section 192 who breach a condition of their stay. Those individuals, including the appellant, become subject to section 64 and subsection 68(4) of the IRPA and their appeal rights become governed by the IRPA.

Even if Parliament's intention was not clear, the presumption against retrospectivity does not apply to section 197. That rule of statutory interpretation is irrelevant to

titre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* sont visés par le paragraphe 68(4) de la LIPR. Ce paragraphe prescrit l'annulation des sursis et le classement des appels des individus interdits de territoire pour grande criminalité qui ont obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux et qui sont reconnus coupables d'une autre infraction grave. Même si l'on concluait que l'article 197 s'applique à l'appellant, il faut quand même que les conditions énoncées au paragraphe 68(4) soient remplies avant que ce dernier puisse servir à annuler le sursis de l'appellant et à classer son appel. Il est inopportun de s'appuyer sur les conditions énoncées au paragraphe 68(4) pour déterminer si l'article 197 s'applique.

Cependant, ni la Commission ni la Cour fédérale ne semblent s'être rendues compte que l'article 197 pouvait en réalité avoir un effet rétroactif. Règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive. Cependant, il se peut que le libellé de la loi exige, expressément ou implicitement, une telle interprétation. Les tribunaux sont tenus de respecter la volonté clairement énoncée du législateur que la loi ait un effet rétroactif. L'article 197 ne spécifie pas que l'appellant sera assujéti aux dispositions du paragraphe 68(4) s'il « viole une condition du sursis après l'entrée en vigueur de la présente loi ». Le législateur n'a pas mentionné à l'article 197 quand la violation devait survenir parce qu'il ne voulait pas restreindre l'application de cette disposition. L'article 197 est destiné à s'appliquer à tous ceux à qui l'on a accordé un sursis dans le cadre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et qui violent une condition de ce sursis, peu importe le moment où cela se produit. Par ailleurs, l'effet rétroactif de l'article 197 est évident lorsqu'on l'examine dans le contexte des autres dispositions transitoires de la LIPR. Essentiellement, les articles 190, 192 et 197 agissent ensemble pour définir les personnes auxquelles la LIPR s'appliquait rétroactivement. Suivant l'article 190, la LIPR s'appliquait aux demandes et procédures présentées ou instruites ainsi qu'aux autres questions soulevées dans le cadre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* avant l'entrée en vigueur de la LIPR. C'est donc dire qu'à première vue, la LIPR s'appliquait à l'appel interjeté par l'appellant. Cependant, suivant l'article 192, qui prévoit une exception à l'article 190, si un avis d'appel a été déposé, l'appel est continué sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. L'article 197, qui prévoit une exception à l'exception énoncée à l'article 192, vise les personnes protégées en vertu de l'article 192 qui violent une condition de leur sursis. Ces personnes, y compris l'appellant, sont assujéties à l'article 64 et au paragraphe 68(4) de la LIPR et leurs droits d'appel sont régis par la LIPR.

Même si l'intention du législateur n'était pas limpide, la présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas à l'article 197. Cette règle d'interprétation législative n'est pas

statutes aimed at protecting the public. Section 197 and subsection 68(4) of the IRPA are not intended to punish the appellant but to protect the public. Section 197 was clearly intended to be retrospective. The appellant breached a condition of his stay by committing assault with a deadly weapon. Consequently, section 197 applied and rendered subsection 68(4) applicable.

The certified question was answered as follows: (a) the appropriate interpretation of the time of breach, as regards section 197 of the IRPA, is the time of the offence; and (b) section 197 is retrospectively applicable to a case in which an offence occurred prior to June 28, 2002, but the conviction occurred after the coming into force of the IRPA.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 344 (as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 149).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(i), 36(1), 64, 68(4), 74(d), 190, 192, 197.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473; (2005), 257 D.L.R. (4th) 193; [2006] 1 W.W.R. 201; 45 B.C.L.R. (4th) 1; 218 B.C.A.C. 1; 339 N.R. 129; 2005 SCC 49; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1.

##### CONSIDERED:

*Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] I.A.D.D. No. 1159 (QL); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] I.A.D.D. No. 1267 (QL); *Psyrris v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] I.A.D.D. No. 588 (QL); *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; (2005), 339 N.R. 1; 2005 SCC 51.

##### REFERRED TO:

*Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189; (2003), 224 D.L.R. (4th) 739; 227 F.T.R. 272; 27 Imm. L.R. (3d) 157; 2003

pertinente pour les lois qui visent à protéger le public. L'article 197 et le paragraphe 68(4) de la LIPR ne visent pas à punir l'appelant, mais à protéger le public. Il est clair que l'article 197 était destiné à avoir un effet rétroactif. L'appelant a violé une condition de son sursis en commettant une agression avec une arme dangereuse. Par conséquent, l'article 197 s'appliquait dans son cas et a entraîné l'application du paragraphe 68(4).

La réponse à la question certifiée a été la suivante : a) la date de la violation, pour l'article 197 de la LIPR, est celle de l'infraction, et b) l'article 197 s'applique rétroactivement dans un cas où l'infraction a été commise avant le 28 juin 2002, mais où son auteur a été reconnu coupable après l'entrée en vigueur de la LIPR.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344 (mod. par L.C. 1995, ch. 39, art. 149).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h),(i), 36(1), 64, 68(4), 74(d), 190, 192, 197.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 R.C.S. 473; 2005 CSC 49; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] D.S.A.I. n° 1159 (QL); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] D.S.A.I. n° 1267 (QL); *Psyrris c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] D.S.A.I. n° 588 (QL); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189; 2003 CFPI 211; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

FCT 211; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 48; (2004), 238 D.L.R. (4th) 328; 16 C.R.R. (2d) 268; 35 Imm. L.R. (3d) 161; 318 N.R. 252; 2004 FCA 85; affd [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401.

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "breach".  
*Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1996 "violation".  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEAL from a Federal Court dismissal ((2005), 268 F.T.R. 261; 43 Imm. L.R. (3d) 262; 2005 FC 137) of a judicial review application of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board that *Immigration and Refugee Protection Act*, section 197 applied even though the appellant had breached a condition of the stay of his removal order before that section was enacted on June 28, 2002. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*J. Norris Ormston* for appellant.  
*Marina Stefanovic and Lisa J. Hutt* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ormston, Bellissimo, Younan*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

*l'Immigration*), [2004] 4 R.C.F. 48; 2004 CAF 85; conf. par [2005] 2 R.C.S.539; 2005 CSC 51; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

## DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « breach ».  
*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 1996 « violation ».  
 Sullivan, Ruth, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

APPEL du rejet par la Cour fédérale (2005 CF 137) d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'article 197 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* s'appliquait même si l'appelant avait violé une condition du sursis à l'exécution de la mesure de renvoi qui avait été prise contre lui avant que cet article ne soit édicté le 28 juin 2002. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*J. Norris Ormston* pour l'appelant.  
*Marina Stefanovic et Lisa J. Hutt* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Ormston, Bellissimo, Younan*, Toronto, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] SEXTON J.A.: This is an appeal from a Federal Court [(2005), 268 F.T.R. 261] dismissal of a judicial review application that had been brought by the appellant, Sukhdev Singh (Singh). The appellant was a permanent resident of Canada. After being convicted of robbery, he was found inadmissible on the grounds of serious criminality and ordered deported. He appealed his deportation and was granted a stay of removal that contained, among others, the condition “keep the peace and be of good behaviour.” Subsequently, the appellant committed another serious offence, this time assault with a weapon, and was convicted of that crime.

[2] Between the time of the assault and the conviction, on June 28, 2002, the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the *Immigration Act*), which had governed the appellant to that point, was replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). A provision of the IRPA addresses individuals such as the appellant, who are found inadmissible on the grounds of serious criminality, have obtained a stay of their removal order, and are then convicted of another serious offence. It mandates the cancellation of their stay and the termination of their appeal.

[3] The appellant claims that he continues to be governed by the old *Immigration Act*, which would not have cancelled his stay and terminated his appeal upon the commission of the second offence. In the decisions below, the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board [[2003] I.A.D.D. No. 1159 (QL)] (the Board) and the Federal Court disagreed, finding that the provision of the IRPA applied to the appellant. They based their conclusion on a transitional provision of the IRPA, section 197. It states that the provision of the IRPA that cancels the stay and terminates the appeal applies to individuals, granted a stay of deportation under the old *Immigration Act*, who breach a condition of it. The main issue in this appeal is whether section 197 should be construed to apply to a breach of a condition that occurred before section 197 of the IRPA was enacted.

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel du rejet, par la Cour fédérale [2005 CF 137], d'une demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant, Sukhdev Singh (Singh). L'appellant était résident permanent du Canada. Après avoir été reconnu coupable de vol qualifié, il a été interdit de territoire pour grande criminalité et frappé d'une mesure d'expulsion. Il a interjeté appel de son expulsion et a obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi assorti, notamment, de la condition de « ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite ». L'appellant a plus tard commis une autre infraction grave, une agression armée cette fois, et il a été reconnu coupable de ce crime.

[2] Entre la date de l'agression et celle de la déclaration de culpabilité, le 28 juin 2002, la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la *Loi sur l'immigration*), à laquelle était soumis jusque-là l'appellant, a été remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Une disposition de la LIPR vise les individus qui, comme l'appellant, sont interdits de territoire pour grande criminalité, ont obtenu un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux et sont ensuite reconnus coupables d'une autre infraction grave. Cette disposition prescrit l'annulation de leur sursis et le classement de leur appel.

[3] L'appellant soutient qu'il continue d'être assujéti à l'ancienne *Loi sur l'immigration*, qui n'aurait pas mené à l'annulation de son sursis et au classement de son appel après la perpétration de la seconde infraction. Dans leurs décisions, la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) [[2003] D.S.A.I. n° 1159 (QL)] et la Cour fédérale ont toutes deux exprimé leur désaccord et conclu que la disposition de la LIPR s'appliquait à l'appellant. Elles ont fondé leur conclusion sur une disposition transitoire de la LIPR, l'article 197. Suivant cet article, la disposition de la LIPR qui entraîne l'annulation du sursis et le classement de l'appel vise les intéressés qui ont obtenu un sursis au titre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et qui n'ont pas respecté les conditions du sursis. Le principal point en litige dans le présent appel est celui de savoir s'il convient de considérer que l'article 197 s'applique à une violation

[4] In my view, Parliament clearly intended that the provision of the IRPA that cancels the stay and terminates the appeal apply to individuals such as the appellant, regardless of whether the condition of the stay was breached before or after the IRPA came into force.

#### FACTS

[5] The appellant is a citizen of India who became a permanent resident of Canada in 1986. In December 1998, he was convicted of robbery contrary to section 344 [as am. by S.C. 1995, c. 39, s. 149] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Subsequently, he was determined to be inadmissible to Canada on the grounds of serious criminality and was ordered to be deported. The appellant launched an appeal of his deportation to the Board. On June 28, 2000 [[2000] I.A.D.D. No. 1267 (QL)], he obtained a stay of removal from the Board. The stay contained a number of conditions, one of which was [at paragraph 31] “keep the peace and be of good behaviour.”

[6] On January 20, 2001, the appellant assaulted a person. The appellant pled guilty to the offence of assault with a weapon in August of the following year. He was convicted of the crime on August 26, 2002 and sentenced to the time that he had already served 20 months. The offence of which he was convicted was one of serious criminality, falling within the terms of subsection 36(1) of the IRPA.

[7] Approximately 17 months after the assault and two months before the conviction, on June 28, 2002, the IRPA came into force, replacing the *Immigration Act*. On February 14, 2003, the appellant was issued a notice of cancellation of stay and a termination of appeal (the notice) pursuant to the IRPA. The notice was based on the appellant’s breach of a condition of his stay, that is, to “keep the peace and be of good behaviour.” Consequently, his stay was said to be cancelled by operation of law and his appeal of his deportation was terminated. The Board upheld the notice on December

d’une condition qui s’est produite avant la promulgation de l’article 197 de la LIPR.

[4] À mon avis, le législateur voulait clairement que la disposition de la LIPR qui entraîne l’annulation du sursis et le classement de l’appel s’applique aux individus tels que l’appellant, peu importe que la condition du sursis ait été violée avant ou après l’entrée en vigueur de la LIPR.

#### LES FAITS

[5] L’appellant, qui est de nationalité indienne, est devenu résident permanent du Canada en 1986. En décembre 1998, il a été reconnu coupable de vol qualifié, en application de l’article 344 [mod. par L.C. 1995, ch. 39, art. 149] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a par la suite été interdit de territoire au Canada pour cause de grande criminalité et une mesure d’expulsion a été prise contre lui. L’appellant a interjeté appel de son expulsion devant la Commission. Le 28 juin 2000 [[2000] D.S.A.I. n° 1267 (QL)], la Commission lui a accordé un sursis à l’exécution de cette mesure. Le sursis était assorti d’un certain nombre de conditions, dont celle de [au paragraphe 31] « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite ».

[6] Le 20 janvier 2001, l’appellant a agressé une personne. Il a plaidé coupable à l’infraction d’agression armée au mois d’août de l’année suivante. Il a été reconnu coupable de ce crime le 26 août 2002 et condamné à la peine d’emprisonnement déjà purgée, soit 20 mois. L’infraction dont il a été reconnu coupable faisait partie des infractions de grande criminalité, visées par les dispositions du paragraphe 36(1) de la LIPR.

[7] Le 28 juin 2002, soit environ 17 mois après l’agression et deux mois avant la déclaration de culpabilité, la LIPR est entrée en vigueur et a remplacé la *Loi sur l’immigration*. Le 14 février 2003, un avis d’annulation du sursis et de classement de l’appel (l’avis) a été délivré à l’appellant en vertu de la LIPR. L’avis reposait sur le fait que l’appellant n’avait pas respecté une condition de son sursis, soit « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite ». Le sursis a donc été révoqué de plein droit et l’appel relatif à son expulsion a été classé. La Commission a confirmé

18, 2003 [[2003] I.A.D.D. No. 1159 (see paragraph 3)]. Approximately two months later, the appellant was removed from Canada.

l'avis le 18 décembre 2003 [[2003] D.S.A.I. n° 1159 (voir paragraphe 3)]. Environ deux mois plus tard, l'appelant a été renvoyé du Canada.

#### STATUTORY PROVISIONS

[8] The following provisions of the IRPA address the objectives of the legislation, serious criminality and stay cancellations.

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

...

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

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

...

68. ...

(4) If the Immigration Appeal Division has stayed a removal order against a permanent resident or a foreign national who was found inadmissible on grounds of serious criminality or criminality, and they are convicted of another offence referred to in subsection 36(1), the stay is cancelled by operation of law and the appeal is terminated.

[9] The following provisions of the IRPA address the transition from the prior *Immigration Act* regime to the current IRPA one.

**\*190. Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.**

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[8] Les dispositions suivantes de la LIPR traitent des objets de la loi, de la grande criminalité ainsi que de l'annulation du sursis.

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

[...]

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

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

[...]

68. [...]

(4) Le sursis de la mesure de renvoi pour interdiction de territoire pour grande criminalité ou criminalité est révoqué de plein droit si le résident permanent ou l'étranger est reconnu coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1), l'appel étant dès lors classé.

[9] Les dispositions suivantes de la LIPR traitent de la transition entre l'ancien régime établi par la *Loi sur l'immigration* et le régime actuel prévu par la LIPR.

**\*190. La présente loi s'applique, dès l'entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu'aux autres questions soulevées, dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise.**

\*[Note: section 190 in force June 28, 2002, see SI/2002-97.]

...

**\*192. If a notice of appeal has been filed with the Immigration Appeal Division immediately before the coming into force of this section, the appeal shall be continued under the former Act by the Immigration Appeal Division of the Board.**

\*[Note: section 192 in force June 28, 2002, see SI/2002-97.]

...

**197. Despite section 192, if an appellant who has been granted a stay under the former Act breaches a condition of the stay, the appellant shall be subject to the provisions of section 64 and subsection 68(4) of this Act.**

## ADJUDICATIVE HISTORY

### I. The findings of the Board

[10] The Board set out two questions that, in its view, had to be affirmatively answered if section 197 was to apply to the appellant's case. They were:

1. Was the appellant granted a stay under the former *Immigration Act*?
2. If so, did the appellant breach a condition of the stay on or after June 28, 2002, when the IRPA came into force?

[11] In this instance, the first condition was clearly met. On June 28, 2000, the appellant had been granted a stay of deportation with conditions under the auspices of the old *Immigration Act*.

[12] The second condition reflected the Board's implicit belief that the legislature did not intend section 197 to have a retrospective effect. Therefore, for the Board, only breaches of conditions that occurred after the IRPA came into force triggered the application of section 197.

[13] As for the meaning of "breaches," in this case, the Board equated the breach of the condition with the

\*[Note : article 190 en vigueur le 28 juin 2002, voir TR/2002-97.]

[...]

**\*192. S'il y a eu dépôt d'une demande d'appel à la Section d'appel de l'immigration, à l'entrée en vigueur du présent article, l'appel est continué sous le régime de l'ancienne loi, par la Section d'appel de l'immigration de la Commission.**

\*[Note : article 192 en vigueur le 28 juin 2002, voir TR/2002-97.]

[...]

**197. Malgré l'article 192, l'intéressé qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et qui n'a pas respecté les conditions du sursis, est assujéti à la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi, le paragraphe 68(4) lui étant par ailleurs applicable.**

## DÉCISIONS DES JURIDICTIONS INFÉRIEURES

### I. Les conclusions de la Commission

[10] La Commission a formulé deux questions qui, selon elle, devaient recevoir une réponse affirmative si l'article 197 s'appliquait à l'appelant :

1. L'appelant a-t-il fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne *Loi sur l'immigration*?
2. Si oui, l'appelant a-t-il violé une condition de ce sursis le ou après le 28 juin 2002, date d'entrée en vigueur de la LIPR?

[11] En l'espèce, la première condition a été manifestement remplie. Le 28 juin 2000, l'appelant avait obtenu un sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion, assorti de conditions, en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*.

[12] La seconde condition indiquait que la Commission croyait implicitement que le législateur ne voulait pas que l'article 197 ait un effet rétroactif. C'est donc dire que, pour la Commission, seules les violations postérieures à l'entrée en vigueur de la LIPR déclenchaient l'application de l'article 197.

[13] Quant au sens à donner au mot « violation », la Commission a assimilé, en l'espèce, la violation à la

conviction of the crime. The Board acknowledged that this understanding represented a departure from the prior jurisprudence. In *Psyrris v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] I.A.D.D. No. 588 (QL) it was held that the key question was whether the date of the commission of the offence, and therefore the breach, was before or after June 28, 2002.

[14] Here, however, the Board held that the condition “keep the peace and be of good behaviour” was breached upon the conviction. In the Board’s view, what was required to trigger section 197 was a finding by an appropriate authority, such as a criminal court, that the offending action was criminal or otherwise disrupted or disturbed the peace or good order of Canadian society. The mere unsubstantiated allegations of wrongdoing that existed prior to such a finding could not amount to a breach of the condition.

[15] In this context, the Board addressed the argument that a breach did not exist until a conviction was pronounced by a criminal court and that when that conviction was announced, the breach reverted to when the offence was committed. The Board found that there was “a fundamental inconsistency” in this argument. In its opinion [at paragraph 21], “a breach is a breach when it is found to be a breach” that is, when a conviction is registered.

[16] The critical date for the application of section 197 was thus that of criminal conviction, not that of offence commission. In this case, the requirements of the second condition were satisfied because the appellant was convicted of assault with a weapon on August 26, 2002. Therefore, he breached a term and condition attached to his stay of removal after the IRPA came into force. Section 197 applied, thereby triggering subsection 68(4) of the IRPA. The latter provision addresses individuals found inadmissible on the grounds of serious criminality who have obtained a stay of their removal order and are convicted of another serious offence. It

déclaration de culpabilité du crime. Elle a reconnu que cette interprétation représentait une dérogation par rapport à la jurisprudence antérieure. Dans *Psyrris c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] D.S.A.I. n° 588 (QL), il a été jugé que la principale question était de savoir si la date de la perpétration de l’infraction—et donc de la violation—était antérieure ou postérieure au 28 juin 2002.

[14] Cependant, en l’espèce, la Commission a jugé qu’il y avait eu violation de la condition de « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite » au moment de la déclaration de culpabilité. Elle a estimé que, pour que l’article 197 s’applique, une autorité pertinente, comme une cour criminelle, devait conclure que l’action fautive était de nature criminelle ou avait perturbé ou troublé la paix ou l’ordre public de la société canadienne. Les simples allégations non corroborées de méfait qui existaient avant qu’une telle conclusion soit tirée ne pouvaient être assimilées à une violation de la condition.

[15] Dans ce contexte, la Commission a examiné l’argument selon lequel il ne peut pas y avoir de violation (ou de manquement) tant qu’une cour criminelle ne prononce pas la condamnation et que, lorsque cette condamnation est prononcée, la violation remonte à la date de la perpétration de l’infraction. La Commission a conclu qu’il y avait dans cet argument « une incohérence fondamentale ». À son avis [au paragraphe 21], « un manquement est un manquement lorsqu’il est estimé être un manquement », c’est-à-dire lorsqu’une déclaration de culpabilité est inscrite.

[16] Pour ce qui est de l’application de l’article 197, la date cruciale était donc celle de la condamnation au criminel, et non celle de la perpétration de l’infraction. En l’espèce, les exigences de la seconde condition étaient remplies car l’appelant a été reconnu coupable d’agression armée le 26 août 2002. Il avait donc violé, après l’entrée en vigueur de la LIPR, une condition du sursis à l’exécution de la mesure de renvoi prise contre lui. L’article 197 s’appliquait, déclenchant ainsi l’application du paragraphe 68(4) de la LIPR. Cette dernière disposition vise les individus interdits de territoire pour grande criminalité qui ont obtenu un

mandates the cancellation of their stay and the termination of their appeal. Thus, the appellant's stay was cancelled by operation of law and his appeal was terminated.

## II. The findings of the Federal Court

[17] At the outset, the Federal Court [at paragraph 21] considered the meaning of the term "breach." To do so, it relied on *Black's Law Dictionary*, 7th ed., in which the term was described as "a violation or infraction of a law or obligation." Accordingly, "breach" was defined by the date of commission of the offence. To consider the date of conviction determinative would be to redefine "breach" as "the affirmation of a violation or infraction of a law or obligation" [underlining added].

[18] However, section 197 did not state when the breach had to be committed. Consequently, the Federal Court went on to consider whether the IRPA applied retroactively to include a breach that happened before the IRPA came into force where the conviction occurred after it came into force.

[19] In finding that section 197 applied to the appellant, the Federal Court [at paragraph 23] drew on Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002):

Today, there is only one principal or approach, namely, the words of an 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.

[20] Thereafter, the Federal Court seemed to employ a contextual approach to determine whether the critical date for the application of section 197 was that of the offence commission or that of the criminal conviction. For instance, it observed that the IRPA could apply retrospectively (IRPA, section 190; *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189 (T.D.), at paragraph 35). It felt that the key to

sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux et qui sont reconnus coupables d'une autre infraction grave. Elle prescrit l'annulation de leur sursis et le classement de leur appel. Le sursis accordé à l'appelant a donc été révoqué de plein droit et son appel classé.

## II. Les conclusions de la Cour Fédérale

[17] Au départ, la Cour fédérale [au paragraphe 21] a examiné le sens du mot « violation ». Pour ce faire, elle s'est fondée sur le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 1996, qui définit le mot « violation » comme « l'action de violer un engagement ou un droit ». La « violation » a donc été définie d'après la date de perpétration de l'infraction. Considérer la date de la déclaration de culpabilité comme déterminante reviendrait à reformuler la définition comme suit : [TRADUCTION] « le constat de l'action de violer un droit ou un engagement » [soulignement ajouté].

[18] Cependant, l'article 197 ne mentionne pas quand la violation doit avoir été commise. La Cour fédérale a donc examiné si la LIPR s'appliquait rétroactivement pour englober les cas où une violation a eu lieu avant son entrée en vigueur alors que la déclaration de culpabilité a été prononcée après son entrée en vigueur.

[19] Pour conclure que l'article 197 s'appliquait à l'appelant, la Cour fédérale [au paragraphe 23] s'est inspirée du passage suivant, tiré de Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 2002) :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il y a un seul principe ou une seule approche, à savoir ce qui suit : il faut interpréter 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.

[20] La Cour fédérale a ensuite eu recours à une approche contextuelle pour déterminer si la date cruciale, pour l'application de l'article 197, était celle de la perpétration de l'infraction ou celle de la déclaration de culpabilité. Par exemple, elle a fait remarquer que la LIPR pouvait s'appliquer rétroactivement : LIPR, article 190; *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189 (1<sup>re</sup> inst.), au

the proper interpretation of section 197 was subsection 68(4), which uses the word “convicted.” That made the appropriate date for determining whether section 197 applied that of the conviction, not that of the offence.

[21] Thus, the date for the determination of the application of section 197 and subsection 68(4) was the date of the appellant’s conviction: August 26, 2002. Since section 197 was enacted prior to the conviction, it was applicable to the appellant, so the Federal Court endorsed the Board’s cancellation of the appellant’s stay and the termination of his appeal.

[22] Finally, pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, the Federal Court certified the following serious question of general importance [at paragraph 10]:

(a) what is the appropriate interpretation of the time of breach, as regards s. 197 of the IRPA: the time of conviction, or the time of commission of the offence; and

(b) can s. 197 be applied retroactively / retrospectively for a situation where an offence occurred prior to June 28th, 2002, but the conviction occurred after the coming into force of the IRPA.

## ANALYSIS

### I. Standard of review

[23] The parties concur that the standard to be applied when reviewing the Board’s interpretation of the relevant IRPA provisions is correctness (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 48 (F.C.A.); aff’d [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 18).

[24] The question of whether the Federal Court selected and applied the correct standard of review to the Board’s decision is one of law. Therefore, it is also reviewable on a standard of correctness (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43).

paragraphe 35. Elle a estimé que la disposition qui permettait d’interpréter de manière appropriée l’article 197 était le paragraphe 68(4), où figurent les mots « reconnu coupable ». Cela signifiait que la date à retenir pour déterminer si l’article 197 s’appliquait était celle de la déclaration de culpabilité, et non celle de l’infraction.

[21] La date à retenir pour déterminer l’application de l’article 197 et du paragraphe 68(4) était donc celle de la déclaration de culpabilité de l’appelant, soit le 26 août 2002. L’article 197 ayant été promulgué avant la date de la déclaration de culpabilité, il s’appliquait à l’appelant, de sorte que la Cour fédérale a confirmé la décision de la Commission d’annuler le sursis accordé à l’appelant et de classer son appel.

[22] Enfin, conformément à l’alinéa 74d) de la LIPR, la Cour fédérale a certifié la question grave de portée générale qui suit [au paragraphe 10] :

[TRADUCTION] a) quelle est la date de l’inobservation ou violation dont parle l’article 197 de la LIPR? Est-ce la date de la déclaration de culpabilité ou la date à laquelle l’infraction a été commise; et

b) comment l’article 197 peut-il être appliqué rétroactivement dans un cas où l’infraction a été commise avant le 28 juin 2002 mais où son auteur a été reconnu coupable après l’entrée en vigueur de la LIPR.

## ANALYSE

### I. Norme de contrôle

[23] Les parties conviennent que la norme de contrôle à appliquer dans l’analyse de l’interprétation donnée par la Commission aux dispositions pertinentes de la LIPR est celle de la décision correcte (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 48; conf. par [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 18).

[24] La question de savoir si la Cour fédérale a choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée à la décision de la Commission est une question de droit. Cette question est donc également susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43).

[25] The Federal Court did not explicitly discuss the appropriate standard of review to be applied in this case. However, it did offer a fresh interpretation of the legislation. Therefore, it must be taken to have reviewed the Board's decision on a standard of correctness. That was indeed the appropriate approach.

[26] The task of this Court is to review the Federal Court's interpretation of the IRPA. Questions of statutory interpretation are questions of law. As such, they are also reviewed on a correctness standard (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8).

## II. The correctness of the decisions below

[27] Although in the end, both the Board and the Federal Court came to the same and what I believe to be the correct conclusion, neither of them took quite the same path to it. Unfortunately, in my view, both of their chosen routes pulled them somewhat off course, albeit in different ways.

[28] The Board equated a declaration of wrongdoing from an authoritative source (a conviction) with the actual disruption of the peace and bad behaviour by the appellant. This seems counterintuitive to me. Regrettably, the Board did not elaborate on its concerns about the alternative argument that the authoritative declaration of wrongdoing simply confirms for legal purposes that the offence, and thus the disturbance of the peace and bad behaviour, occurred in the past. In my opinion, the actions that constitute the offence, even if responsibility for them is only allocated upon conviction, are what actually disrupt the peace and good order of Canadian society. In other words, although it may be only upon conviction that one may be able to determine that the appellant breached a condition of the stay, it is nevertheless the offence itself that constitutes the breach of the condition. Conceivably, however, a breach could be established without a conviction, where there is other clear evidence of the offensive behaviour.

[25] La Cour fédérale n'a pas analysé de façon explicite la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en l'espèce, mais elle a tout de même offert une interprétation nouvelle de la loi. Il faut donc considérer qu'elle a examiné la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte, et il s'agissait effectivement de la bonne façon de procéder.

[26] Il incombe à la Cour d'appel de contrôler la manière dont la Cour fédérale a interprété la LIPR. Les questions d'interprétation législative sont des questions de droit et la norme de contrôle applicable à ces questions est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8).

## II. La justesse des décisions des juridictions inférieures

[27] Même si, en bout de ligne, la Commission et la Cour fédérale sont toutes deux arrivées à une conclusion identique—et que je crois correcte—ni l'une ni l'autre n'ont suivi tout à fait la même voie pour y arriver. Malheureusement, selon moi, les deux voies choisies les ont amenées à s'écarter quelque peu de l'objectif à atteindre, de façons différentes toutefois.

[28] La Commission a assimilé une déclaration de méfait prononcée par une autorité (une déclaration de culpabilité) au fait que l'appellant avait effectivement troublé l'ordre public et s'était mal conduit. Cela me semble paradoxal. Malheureusement, la Commission n'a pas explicité ses doutes à propos de l'argument subsidiaire selon lequel la déclaration de méfait faisant autorité confirme simplement à des fins juridiques que l'infraction, et donc le fait d'avoir troublé l'ordre public et de s'être mal conduit, a été commise dans le passé. À mon avis, ce sont en réalité les gestes constituant l'infraction, même si la responsabilité pour ces derniers n'est imputée qu'au moment de la déclaration de culpabilité, qui troublent la paix et l'ordre public de la société canadienne. Autrement dit, même si ce n'est qu'au moment de la déclaration de culpabilité que l'on est en mesure de déterminer que l'appellant a violé une condition du sursis, c'est néanmoins l'infraction elle-même qui constitue la violation de la condition. On pourrait toutefois établir une violation sans qu'il y ait déclaration de culpabilité lorsqu'il y a d'autres preuves évidentes du comportement fautif.

[29] I believe that the Federal Court was correct in finding that the condition of the stay was breached when the offence was committed. However, its use of subsection 68(4) to apply section 197 to the appellant is of concern to me.

[30] Section 197 essentially sets out a threshold test. It defines whom among those with pending notices of appeal that were originally brought under the old *Immigration Act* are caught by subsection 68(4) of the new IRPA. Even upon finding that section 197 applies to the appellant, conditions in subsection 68(4) must still be met before it can serve to cancel the appellant's stay and terminate his appeal. For example, after the stay was granted, the appellant must have been convicted of another offence referred to in subsection 36(1) of the IRPA for subsection 68(4) to apply to him.

[31] To me, it seems improper to rely on the conditions in subsection 68(4), such as "convicted of another offence", to determine whether section 197 is applicable to the appellant. After all, only if the conditions in section 197 are met do the conditions in subsection 68(4) ever become relevant in the legal analysis. Using the subsequent stages of analysis to define the threshold threatens to eviscerate the threshold.

[32] In this Court, the appellant essentially cobbles together bits and pieces from the Board and Federal Court decisions to construct a favourable outcome for himself. For instance, the appellant endorses the Federal Court's determination that the breach occurs at the time of the offence. Then, the appellant invokes the Board's two-step approach to section 197 and observes that the second stage is not met in this instance. After all, the "breach" of the condition, defined by the Federal Court as the offence itself, did not occur on or after June 28, 2002, when the IRPA came into force. Therefore, section 197 does not render subsection 68(4) applicable to the appellant.

[29] Je crois que la Cour fédérale a eu raison de conclure que la condition du sursis a été violée au moment où l'infraction a été commise. Cependant, c'est l'utilisation qu'elle fait du paragraphe 68(4) pour appliquer l'article 197 à l'appellant qui me préoccupe.

[30] L'article 197 fixe essentiellement un critère préliminaire. Il définit les intéressés qui, parmi ceux qui ont déposé un avis d'appel au titre de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, sont visés par le paragraphe 68(4) de la nouvelle LIPR. Même si l'on conclut que l'article 197 s'applique à l'appellant, il faut quand même que les conditions énoncées au paragraphe 68(4) soient remplies avant que ce dernier puisse servir à annuler le sursis de l'appellant et à classer son appel. Par exemple, une fois le sursis, il faut que l'appellant ait été reconnu coupable d'une autre infraction mentionnée au paragraphe 36(1) de la LIPR pour que le paragraphe 68(4) s'applique dans son cas.

[31] Il m'apparaît inopportun de s'appuyer sur les conditions énoncées au paragraphe 68(4), comme le fait d'être « reconnu coupable d'une autre infraction », pour déterminer si l'article 197 s'applique à l'appellant. Après tout, ce n'est que si les conditions énoncées à l'article 197 sont remplies que celles qui sont prévues au paragraphe 68(4) deviennent pertinentes dans le cadre de l'analyse juridique. Utiliser les étapes suivantes de l'analyse pour définir le critère préliminaire ferait perdre tout son sens à ce critère.

[32] Devant la Cour d'appel, l'appellant combine essentiellement des fragments des décisions de la Commission et de la Cour fédérale pour concocter une issue qui lui est favorable. Par exemple, il souscrit à la décision de la Cour fédérale selon laquelle la violation a lieu au moment où l'infraction est commise. Ensuite, il invoque l'approche en deux étapes suivie par la Commission à l'égard de l'article 197 et fait remarquer que les conditions de la seconde étape ne sont pas remplies en l'espèce. Après tout, la « violation » de la condition, que la Cour fédérale définit comme étant l'infraction elle-même, n'a pas eu lieu le ou après le 28 juin 2002, date à laquelle la LIPR est entrée en vigueur. De ce fait, l'article 197 n'entraîne pas l'application du paragraphe 68(4) à l'appellant.

[33] This approach is incorrect. The principal problem with the reasoning of both the Board and the Federal Court is that neither seemed to appreciate that section 197 might actually have retrospective effects. To be sure, in general, statutes are not to be construed as having retrospective operation. However, such a construction may expressly or by necessary implication be required by the statutory language (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 279). Where the legislature has clearly intended the legislation to have retrospective effects, the courts must respect them. As was recently explained by the Supreme Court of Canada in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, at paragraph 69:

Except for criminal law, the retrospectivity and retroactivity of which is limited by s. 11(g) of the *Charter*, there is no requirement of legislative prospectivity embodied in the rule of law or in any provision of our Constitution. Professor P. W. Hogg sets out the state of the law accurately (in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 48-29):

Apart from s. 11(g), Canadian constitutional law contains no prohibition of retroactive (or ex post facto) laws. There is a presumption of statutory interpretation that a statute should not be given retroactive effect, but, if the retroactive effect is clearly expressed, then there is no room for interpretation and the statute is effective according to its terms. Retroactive statutes are in fact common. [Emphasis added.]

[34] In my view, this is the case with section 197. It does not specify that the appellant shall be subject to the provisions of subsection 68(4) if the appellant “breaches a condition of the stay upon or after the coming into force of this Act.” Parliament did not state when the breach is to occur in section 197 because it did not want to limit the application of the provision. Simply put, section 197 is intended to apply to all those granted a stay under the old *Immigration Act* who breach a condition of it, regardless of when they do so.

[35] The retrospective effect of section 197 is clear when it is considered in the context of the other

[33] Cette approche est erronée. Le principal problème que pose le raisonnement de la Commission et de la Cour fédérale est que ni l’une ni l’autre n’ont semblé se rendre compte que l’article 197 pouvait en réalité avoir un effet rétroactif. Il est certain que, règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive. Cependant, il se peut que le libellé de la loi exige, expressément ou implicitement, une telle interprétation (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 279). Lorsque le législateur voulait manifestement que la loi ait un effet rétroactif, les tribunaux sont tenus de respecter cette volonté. Comme l’a récemment expliqué la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, au paragraphe 69 :

Sauf en droit criminel, où l’al. 11g) de la *Charte* limite le caractère rétrospectif et la rétroactivité de la législation, le principe de la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution n’exigent aucunement que les lois aient seulement un caractère rétrospectif. Le professeur P. W. Hogg expose avec précision l’état du droit sur ce point (dans *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 48-29) :

[TRADUCTION] Sous réserve de l’al. 11g), le droit constitutionnel canadien n’interdit pas la rétroactivité (ex post facto) des lois. En matière d’interprétation législative, il faut présumer qu’une loi n’a pas d’effet rétroactif, mais si cet effet est clairement exprimé, il n’y a alors place à aucune interprétation et la loi prend effet au moment prévu. Les lois rétroactives sont en fait courantes. [Non souligné dans l’original.]

[34] À mon avis, c’est le cas de l’article 197. Cet article ne spécifie pas que l’appelant sera assujéti aux dispositions du paragraphe 68(4) s’il « viole une condition du sursis après l’entrée en vigueur de la présente loi ». Le législateur n’a pas mentionné à l’article 197 quand la violation devait survenir parce qu’il ne voulait pas restreindre l’application de cette disposition. Autrement dit, l’article 197 est destiné à s’appliquer à tous ceux à qui l’on a accordé un sursis dans le cadre de l’ancienne *Loi sur l’immigration* et qui violent une condition de ce sursis, peu importe le moment où cela se produit.

[35] L’effet rétroactif de l’article 197 est évident lorsqu’on l’examine dans le contexte des autres

transitional provisions of the IRPA. Essentially, sections 190, 192 and 197 operate together to define to whom the IRPA retrospectively applies.

[36] According to section 190 of the IRPA, the IRPA applies to every application, proceeding or matter under the old *Immigration Act* that is pending or in progress immediately before the IRPA comes into force. To be precise, this obviously retrospective provision states:

**190. Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.**

Therefore, *prima facie*, the IRPA applies to the appellant's appeal.

[37] Section 192, however, provides an exception to section 190 for those who have filed a notice of appeal. Their appeals are to be continued under the *Immigration Act*:

**192. If a notice of appeal has been filed with the Immigration Appeal Division immediately before the coming into force of this section, the appeal shall be continued under the former Act by the Immigration Appeal Division of the Board.**

This exception, with nothing more, would mean that the appellant's right to an appeal would be governed by the old *Immigration Act*.

[38] Section 197 contains an exception to the section 192 exception. The former provision captures those sheltered under section 192 who breach a condition of their stay. They are subject to section 64 and subsection 68(4) of the IRPA:

**197. Despite section 192, if an appellant who has been granted a stay under the former Act breaches a condition of the stay, the appellant shall be subject to the provisions of section 64 and subsection 68(4) of this Act.**

This exception brings the IRPA back into play, so that the appellant's appeal rights are governed by the IRPA.

dispositions transitoires de la LIPR. Essentiellement, les articles 190, 192 et 197 agissent ensemble pour définir les personnes auxquelles la LIPR s'applique rétroactivement.

[36] Suivant l'article 190, la LIPR s'applique aux demandes et procédures présentées ou instruites ainsi qu'aux autres questions soulevées dans le cadre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* avant son entrée en vigueur. Plus précisément, cette disposition manifestement rétroactive prévoit ce qui suit :

**190. La présente loi s'applique, dès l'entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu'aux autres questions soulevées, dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise.**

C'est donc dire qu'à première vue, la LIPR s'applique à l'appel interjeté par l'appelant.

[37] L'article 192 prévoit cependant une exception à l'article 190 pour les personnes qui ont déposé un avis d'appel. Leur appel est continué sous le régime de la *Loi sur l'immigration* :

**192. S'il y a eu dépôt d'une demande d'appel à la Section d'appel de l'immigration, à l'entrée en vigueur du présent article, l'appel est continué sous le régime de l'ancienne loi, par la Section d'appel de l'immigration de la Commission.**

Cette exception, sans rien d'autre, signifierait que le droit d'appel de l'appelant serait régi par l'ancienne *Loi sur l'immigration*.

[38] L'article 197 prévoit une exception à l'exception prévue par l'article 192. Il vise les personnes protégées en vertu de l'article 192 qui violent une condition de leur sursis. Ces personnes sont assujetties à l'article 64 et au paragraphe 68(4) de la LIPR :

**197. Malgré l'article 192, l'intéressé qui fait l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et qui n'a pas respecté les conditions du sursis, est assujetti à la restriction du droit d'appel prévue par l'article 64 de la présente loi, le paragraphe 68(4) lui étant par ailleurs applicable.**

Cette exception fait intervenir de nouveau la LIPR, ce qui signifie que les droits d'appel de l'appelant sont régis par la LIPR.

[39] Read in sequence, each of these three transitional provisions covers a smaller group of those with pending notices of appeal originally brought under the old *Immigration Act*. Section 190 mandates that the IRPA applies to all of those in this category. Section 192 carves out a group of these individuals to whom the IRPA does not apply. Finally, section 197 dictates that section 64 and subsection 68(4) of the IRPA apply to selected individuals in that section 192 group. Together, these provisions render the IRPA retrospectively applicable to individuals such as the appellant.

[40] Even if it could not be said that Parliament's intention was clear about the application of section 197, in my view, the presumption against retrospectivity does not apply to this provision. That rule of statutory interpretation is irrelevant to statutes that aim at protecting the public. As the Supreme Court of Canada explained in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, at page 320:

Elmer Driedger summarizes the point in "Statutes: Retroactive, Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at p. 275:

In the end, resort must be had to the object of the statute. If the intent is to punish or penalize a person for having done what he did, the presumption [against retroactivity or retrospectivity] applies, because a new consequence is attached to a prior event. But if the new punishment or penalty is intended to protect the public, the presumption does not apply.

[41] Section 197 and subsection 68(4) of the IRPA are not intended to punish the appellant but to protect the public. According to subsection 3(1) of the IRPA, the legislation is designed:

3. (1) . . .

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; . . .

[39] Chacune de ces trois dispositions transitoires, lues successivement, vise un groupe plus restreint de personnes dont les avis d'appel en instance ont été initialement présentés dans le cadre de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. L'article 190 prescrit que la LIPR s'applique à toutes les personnes faisant partie de cette catégorie. L'article 192 exclut de ces personnes un groupe auquel la LIPR ne s'applique pas. Enfin, l'article 197 précise que l'article 64 et le paragraphe 68(4) de la LIPR s'appliquent à certaines personnes faisant partie du groupe visé par l'article 192. Ensemble, ces dispositions font en sorte que la LIPR s'applique rétroactivement aux personnes comme l'appelant.

[40] Même si on ne pourrait pas dire que l'intention du législateur au sujet de l'application de l'article 197 est limpide, selon moi, la présomption de non-rétroactivité ne s'applique pas à cette disposition. Cette règle d'interprétation législative n'est pas pertinente pour les lois qui visent à protéger le public. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, à la page 320 :

Elmer Driedger résume la question dans « Statutes : Retroactive, Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264, à la p. 275 :

[TRADUCTION] Finalement, il faut se tourner vers l'objet de la loi. Si l'intention est de punir ou de pénaliser une personne pour ce qu'elle a fait, la présomption joue, parce qu'une nouvelle conséquence se rattache à un événement antérieur. Toutefois, si la nouvelle punition ou peine est destinée à protéger le public, la présomption ne joue pas.

[41] L'article 197 et le paragraphe 68(4) de la LIPR ne visent pas à punir l'appelant, mais à protéger le public. Selon le paragraphe 3(1) de la LIPR, la loi a pour objet :

3. (1) [ . . . ]

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

[42] In *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 10, the Supreme Court of Canada acknowledged the protective nature of the IRPA:

The objectives as expressed in the *IRPA* indicate an intent to prioritize security. This objective is given effect by preventing the entry of applicants with criminal records, by removing applicants with such records from Canada, and by emphasizing the obligation of permanent residents to behave lawfully while in Canada. [Emphasis added.]

[43] Indeed, in introducing the IRPA, the Minister of Citizenship and Immigration voiced the concern that “those who pose a security risk to Canada be removed from our country as quickly as possible” (*ibid.*, at paragraph 12). As this Court has observed, the “IRPA’s objective [is] protecting the public interest by providing the legal means for securing the expeditious removal from Canada of those who, among other things, have committed serious criminal offences” (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 48 (F.C.A.), at paragraph 52; *affd* [2005] 2 S.C.R. 539).

[44] In conclusion, section 197 is clearly intended to be retrospective and, in any event, the presumption against retrospectivity does not apply to this protective legislation. The appellant breached a condition of his stay by committing assault with a deadly weapon on January 20, 2001. Consequently, section 197 applies to his case and renders subsection 68(4) applicable to him. Both the Board and the Federal Court were correct in upholding the appellant’s stay cancellation and appeal termination.

[45] I would also like to observe that absurd results would follow from not understanding section 197 as having retrospective effects. For instance, serious criminals would not be subjected to the more stringent standards of the IRPA, simply because their crimes were committed before June 28, 2002. Meanwhile, other serious criminals would have their appeals terminated and stays cancelled, merely because they breached the

[42] Dans l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 10, la Cour suprême du Canada a reconnu la nature protectrice de la LIPR :

Les objectifs explicites de la *LIPR* révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. Pour réaliser cet objectif, il faut empêcher l’entrée au Canada des demandeurs ayant un casier judiciaire et renvoyer ceux qui ont un tel casier, et insister sur l’obligation des résidents permanents de se conformer à la loi pendant qu’ils sont au Canada. [Non souligné dans l’original.]

[43] En fait, lorsqu’il a déposé la LIPR, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a dit souhaiter [TRADUCTION] « que l’on renvoie le plus rapidement possible [...] les personnes qui constituent un risque pour la sécurité du Canada » (*ibid.*, au paragraphe 12). Comme la Cour l’a fait remarquer, la LIPR a pour objet de « protéger l’intérêt public en autorisant le renvoi rapide du Canada de ceux qui ont, notamment, commis des crimes graves » (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 48 (C.A.F.), au paragraphe 52; *conf. par* [2005] 2 R.C.S. 539).

[44] En conclusion, il est clair que l’article 197 de la LIPR est destiné à avoir un effet rétroactif et, de toute façon, la présomption de non-rétroactivité ne s’applique pas à cette loi de nature protectrice. L’appelant a violé une condition de son sursis en commettant une agression avec une arme dangereuse le 20 janvier 2001. Par conséquent, l’article 197 s’applique dans son cas et entraîne l’application du paragraphe 68(4). La Commission et la Cour fédérale ont eu raison de confirmer l’annulation du sursis et le classement de l’appel de l’appelant.

[45] J’aimerais aussi souligner qu’on obtiendrait des résultats absurdes si on devait considérer que l’article 197 n’a pas d’effet rétroactif. Par exemple, de grands criminels ne seraient pas assujettis aux normes plus strictes de la LIPR pour le simple motif qu’ils ont commis leurs crimes avant le 28 juin 2002. Par ailleurs, d’autres grands criminels verraient leurs appels classés et leurs sursis annulés parce qu’ils ont violé les

conditions of their stays after June 28, 2002. Clearly, there is no rational basis for distinguishing between these two groups.

[46] Finally, I would like to comment on an alternative argument of the respondent, the Minister of Citizenship and Immigration. The respondent suggests that section 197 covers the appellant, even if the provision is not understood to have retrospective effects. It is argued that the appellant breached the condition to “keep the peace and be of good behaviour” twice. First, he did so before the IRPA came into force, when he committed the offence. Then, he did so again when he was convicted of the offence. The latter of these breaches, the conviction, occurred after the IRPA came into force. It suffices to trigger section 197 and therefore subsection 68(4).

[47] In light of the reasoning above, it is not strictly necessary to deal with this argument. Nevertheless, I should say that I have some difficulty with it. It seems illogical to conclude that two breaches flow from a single act. Suppose, for instance, that section 197 mandated that, for subsection 68(4) to apply, the appellant must have breached a condition of his stay twice. Could this appellant be said to have committed two breaches? I should think not, because he committed only one act that disturbed the peace. He was of bad behaviour when he committed the offence. In the criminal proceedings, he did not disrupt the good order of Canadian society. Instead, he was convicted by a court of law. I fail to see how the appellant’s involvement in legal proceedings can be construed as bad behaviour. The conviction merely represents the legal recognition of the fact that, in the past, the appellant committed an offence. That offence amounted to a disruption of the peace and good order of Canadian society and therefore a breach of a condition of the appellant’s stay of removal.

#### ANSWER TO THE CERTIFIED QUESTION

[48] The appropriate interpretation of the time of breach, as regards section 197 of the IRPA, is the time

conditions de leur sursis après le 28 juin 2002. À l’évidence, il n’y a pas de raison logique pour faire une distinction entre ces deux groupes.

[46] Enfin, j’aimerais commenter un argument subsidiaire de l’intimé, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. L’intimé soutient que l’article 197 vise l’appelant, même si cette disposition n’a pas d’effet rétroactif. Il allègue que l’appelant a violé à deux reprises la condition de « ne pas troubler l’ordre public et avoir une bonne conduite ». Tout d’abord, il l’a fait avant l’entrée en vigueur de la LIPR, quand il a commis l’infraction. Ensuite, il l’a fait de nouveau lorsqu’il a été reconnu coupable de l’infraction. La seconde de ces deux violations—la déclaration de culpabilité—est survenue après l’entrée en vigueur de la LIPR. Cela suffit pour déclencher l’application de l’article 197 et, par conséquent, du paragraphe 68(4).

[47] Compte tenu du raisonnement qui précède, il n’est pas strictement nécessaire d’analyser cet argument. Je dois dire néanmoins que ce dernier me pose quelques difficultés. Il m’apparaît illogique de conclure qu’un même geste se solde par deux violations. Supposons, par exemple, que l’article 197 exige que, pour que le paragraphe 68(4) s’applique, l’appelant doit avoir violé à deux reprises une condition de son sursis. Pourrait-on dire que cet appelant a commis deux violations? Je pense que non parce qu’il n’a posé qu’un seul geste qui a troublé l’ordre public. Il a fait preuve de mauvaise conduite quand il a commis l’infraction. Dans les procédures criminelles, il n’a pas troublé l’ordre public de la société canadienne. Il a plutôt été reconnu coupable par une cour de justice. Je ne vois pas comment le fait que l’appelant soit impliqué dans des procédures judiciaires puisse être interprété comme une mauvaise conduite. La déclaration de culpabilité représente simplement la reconnaissance judiciaire du fait que l’appelant a commis une infraction dans le passé. Cette infraction a consisté à troubler la paix et l’ordre public de la société canadienne et elle constituait donc une violation d’une condition du sursis à l’exécution de la mesure de renvoi prise contre l’appelant.

#### RÉPONSE À LA QUESTION CERTIFIÉE

[48] La date de la violation, pour l’article 197 de la LIPR, est celle de l’infraction. L’article 197 s’applique

of the offence. Section 197 is retrospectively applicable to a case in which an offence occurred prior to June 28, 2002, but the conviction occurred after the coming into force of the IRPA. The wording of the section, particularly when it is read in the context of its companion transitional provisions in the IRPA, reveals that Parliament intended section 197 to have retrospective effects. Even if the legislature's intention on this point were not clear, the presumption against retrospectivity does not apply to section 197 because that provision is designed to protect the public.

#### DISPOSITION

[49] In the result, subsection 68(4) of the IRPA applies to the appellant through the operation of section 197 of the IRPA. The appeal should be dismissed with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

rétroactivement dans un cas où l'infraction a été commise avant le 28 juin 2002, mais où son auteur a été reconnu coupable après l'entrée en vigueur de la LIPR. Il ressort du libellé de la disposition, surtout lorsqu'il est lu dans le contexte des dispositions transitoires connexes de la LIPR, que le législateur voulait que l'article 197 ait un effet rétroactif. Même si l'intention du législateur sur ce point n'était pas claire, la présomption de non-rétroactivité ne s'appliquerait pas à l'article 197, car cette disposition est conçue pour protéger le public.

#### DÉCISION

[49] Par conséquent, le paragraphe 68(4) de la LIPR s'applique à l'appellant par suite de l'application de l'article 197 de la LIPR. L'appel devrait être rejeté avec dépens.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

A-258-04  
2005 FCA 427

A-258-04  
2005 CAF 427

**Euro Excellence Inc. (Appellant)**

**Euro Excellence Inc. (appelante)**

v.

c.

**Kraft Canada Inc., Kraft Foods Schweiz AG and Kraft Foods Belgium SA (Respondents)**

**Kraft Canada Inc., Kraft Foods Schweiz AG et Kraft Foods Belgium SA (intimées)**

**INDEXED AS: KRAFT CANADA INC. v. EURO EXCELLENCE INC. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : KRAFT CANADA INC. c. EURO EXCELLENCE INC. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël and Pelletier J.J.A.—Montréal, September 14; Ottawa, December 19, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 14 septembre; Ottawa, 19 décembre 2005.

*Copyright — Infringement — Secondary infringement — Appeal from Federal Court decision granting permanent injunction ordering appellant to cease selling, distributing, offering for sale Côte d'Or, Toblerone confectionary products with copyrighted artwork reproduced on wrappers — Appellant continuing to distribute products following expiry of distribution contract — Kraft Canada Inc. (KCI), new holder of exclusive distribution licence for Canada, seeking, under Copyright Act, s. 27(2), to compel appellant to cover over the works — Trial Judge holding Act, s. 27(2)(e) violated (i.e. copyright infringed), granting KCI's request — Act, s. 27(2) dealing with secondary infringement (infringement by person not personally producing protected work) — In case law dealing with secondary infringement, plaintiffs required to prove they had exclusive right to use copyright in question in Canada and that copies imported by defendants not produced by plaintiffs — Elements to ground claim of secondary infringement approved by S.C.C. in CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada — In case of Act, s. 27(2)(e), proof of primary infringement not required as definition of "infringing" in Act, s. 2 recognizing infringement in case of copy imported in circumstances contemplated in Act, s. 27(2)(e) — Act, s. 27(2) itself providing that secondary infringement when any of things referred to in Act, ss. 27(2)(a) to (c) done, when production, reproduction of work in question would be infringement if copy made in Canada by person who made it — As such, importation by appellant of reproductions of protected works made outside Canada constituting secondary infringement of KCI's copyright as KCI having exclusive right of reproduction for Canada, appellant knowing this exclusive right registered for Canada — Appeal allowed in part — Matter remitted to trial Judge to deal with issue of profits.*

*Droit d'auteur — Violation — Violation à une étape ultérieure — Appel d'une décision de la Cour fédérale laquelle a prononcé une injonction permanente enjoignant à l'appelante de cesser de vendre, de distribuer, de mettre ou d'offrir en vente des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone dont les papiers d'emballage arborent des illustrations protégées par le droit d'auteur — L'appelante a continué à distribuer les produits même si son contrat de distribution était expiré — Kraft Canada Inc. (KCI), le nouveau détenteur de la licence de distribution exclusive au Canada, a tenté, suivant l'art. 27(2) de la Loi sur le droit d'auteur, d'obliger l'appelante à masquer les œuvres — Le juge de première instance a conclu que l'appelante avait violé l'art. 27(2)e de la Loi (violation du droit d'auteur) et a accueilli la demande de KCI — L'art. 27(2) traite de la violation du droit d'auteur à une étape ultérieure (violation par une personne d'un droit d'auteur même si cette personne n'a pas produit l'œuvre protégée) — Dans la jurisprudence pour établir la violation de leur droit d'auteur à une étape ultérieure concernant un produit importé, les demandeurs ont dû prouver qu'ils avaient le droit exclusif d'employer au Canada le droit d'auteur en question et que les exemplaires importés par les défendeurs n'avaient pas été produits par les demandeurs — Les éléments en général requis pour prouver la violation à une étape ultérieure ont été approuvés par la C.S.C. dans CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada — La preuve d'une violation initiale du droit d'auteur n'est cependant pas requise dans le cas de l'art. 27(2)e de la Loi car dans le cas d'un exemplaire importé dans les circonstances visées par l'art. 27(2)e, la Loi reconnaît au dernier paragraphe de la définition de « contrefaçon » à l'art. 2 de la Loi, l'existence de la contrefaçon — Dans le cas d'un produit importé dans les conditions visées à l'art. 27(2)e, il y a violation du droit d'auteur à une étape ultérieure dans l'accomplissement des actes énumérés aux alinéas 27(2)a) à c) quand la production*

*ou la reproduction de l'œuvre en question constituerait une violation si elle avait été produite au Canada par la personne qui l'a produite — En tant que telle, l'importation par l'appelante de reproductions des œuvres protégées faites hors du Canada constituait une violation du droit d'auteur de KCI à une étape ultérieure, puisque KCI détenait un droit exclusif de reproduction pour le Canada et que l'appelante connaissait l'enregistrement pour le Canada des licences exclusives de KCI — Appel accueilli en partie — Affaire renvoyée au juge de première instance pour qu'il traite la question des profits.*

*Copyright — Damages — Profits — Trial Judge fixing profits derived from infringement in amount of \$300,000 — Nothing in record supporting respondents' statement appellant's gross revenues during relevant period at least \$2.8 million — As record less than satisfactory on this point, matter referred back to trial Judge.*

*Droit d'auteur — Dommages-intérêts — Profits — Le juge de première instance a fixé à la somme de 300 000 \$ les profits qui originent de la contrefaçon — Rien au dossier n'indiquait comment les intimées pouvaient affirmer que durant la période pertinente, [TRADUCTION] « les recettes brutes s'élevaient au moins à 2,8 millions de dollars » — Devant le caractère peu satisfaisant du dossier à cet égard le dossier a été retourné au juge de première instance.*

*Copyright — Injunction — Cross-appeal — Kraft Canada Inc. seeking order prohibiting appellant from possessing, importing confectionary products with copyrighted artwork reproduced on wrapper — Such order superfluous — As appellant not authorized to sell, distribute, offer works for sale, also not authorized to possess, import them for those purposes — Cross-appeal dismissed.*

*Droit d'auteur — Injonction — Appel incident — Kraft Canada Inc. sollicitait une ordonnance de la Cour défendant à l'appelante de posséder ou d'importer les produits de confiserie dont les papiers d'emballage arboraient des illustrations protégées par le droit d'auteur — Les demandes contenues dans l'appel incident étaient superflues — Puisque l'appelante ne pouvait ni vendre, ni mettre en circulation, ni offrir en vente les produits protégés, elle ne pouvait non plus les posséder ou les importer en vue de les vendre, les mettre en circulation, ou les offrir en vente — Appel incident rejeté.*

This was an appeal and a cross-appeal from a decision of the Federal Court granting a permanent injunction ordering the appellant to cease selling, distributing or offering for sale copies of Kraft Canada Inc.'s (KCI) copyright protected works. These works consisted of the Côte d'Or elephant and the Toblerone bear within the mountain illustrations, reproduced on the wrappers of Côte d'Or and Toblerone confectionary products.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Cour fédérale du Canada, laquelle a prononcé une injonction permanente enjoignant l'appelante de cesser de vendre, de distribuer, de mettre ou d'offrir en vente des exemplaires des œuvres protégées de Kraft Canada Inc. (KCI). Ces œuvres consistaient en l'éléphant Côte d'or et l'ours dans la montagne Toblerone figurant sur les papiers d'emballage des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone.

Kraft Foods Belgium SA (KFB) manufactures the products sold under the trade-mark "Côte d'Or" and Kraft Foods Schweiz AG (KFS) manufactures the products sold under the trade-mark "Toblerone". The appellant, which at one point was authorized to act as a Canadian distributor, continued to distribute the products following the expiry of its distribution contract, thus prompting KFB and KFS to register Côte d'Or and Toblerone copyrights in Canada in the artistic category. An exclusive distribution licence was also granted to KCI to import these products and distribute them in Canada. KCI sought, under subsection 27(2) of the *Copyright Act*, to compel the appellant to cover over the works. Paragraph 27(2)(e) of the Act provides that it is an infringement of

Kraft Foods Belgium SA (KFB) fabrique les produits vendus sous la marque « Côte d'or » et Kraft Foods Schweiz AG (KFS) fabrique les produits vendus sous la marque « Toblerone ». L'appelante, à un certain moment, a été autorisée à agir comme distributeur canadien et elle a continué à distribuer les produits même si son contrat de distribution était expiré, ce qui a amené KFB et KFS à enregistrer au Canada dans la catégorie des œuvres artistiques les droits d'auteur se rapportant à Côte d'Or et à Toblerone. Une licence de distribution exclusive a été accordée à KCI pour l'importation et la distribution de ces produits au Canada. KCI a tenté, suivant le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la Loi) d'obliger l'appelante à masquer les œuvres.

copyright for any person to import into Canada for the purpose of selling, distributing, offering for sale or exhibiting in public a copy of a work that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

The trial Judge found that the appellant had violated paragraph 27(2)(e) of the Act and required it to cover over the artwork on the packaging, price lists and other material prior to selling, distributing, exposing or offering for sale the Côte d'Or and Toblerone products. The appellant was also ordered to pay \$300,000, calculated in proportion to the profits made.

The issues were whether the appellant contravened subsection 27(2) of the Act and if so, whether a determination of the profits should be made.

*Held*, the appeal should be allowed in part; the cross-appeal should be dismissed.

Subsection 27(2) deals with secondary infringement, i.e. a defendant may be deemed to have infringed copyright even if he or she has not personally produced the protected work. The word "infringing" is defined in section 2 of the Act. The last sentence of the definition states that a copy of a work protected in Canada that is distributed outside Canada may be an infringing copy when it is imported into Canada in the circumstances set out in paragraph 27(2)(e) (i.e. to sell or rent out, distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public). Subsection 27(2) was amended in 1997 to replace the words "any work that . . . infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada" with the words "a copy of a work . . . that . . . infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it." The addition of the words "by the person who made it" is a significant change and had already been made by the case law i.e. in *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.* In all subsequent decisions applying *Clarke*, in order to establish the secondary infringement of their copyright in relation to an imported product, the plaintiffs proved that they had the exclusive right to use the copyright in question in Canada and that the copies imported by the defendants had not been produced by the plaintiffs.

L'alinéa 27(2)e) de la Loi prévoit que constitue une violation du droit d'auteur l'importation au Canada en vue de vendre, mettre en circulation, offrir de vendre ou exposer en public l'exemplaire d'une œuvre alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit.

Le juge de première instance a conclu que l'appelante avait violé l'alinéa 27(2)e) de la Loi et a obligé l'appelante à masquer les éléments graphiques des emballages, des listes de prix et autres éléments préalablement à la vente, la distribution, la mise ou l'offre en vente, des produits de confiserie Côte d'or et Toblerone. L'appelante fut également condamnée à payer une somme de 300 000 \$, calculée en proportion des profits réalisés.

Les questions en litige étaient de savoir si l'appelante a contrevenu au paragraphe 27(2) de la Loi, et, dans l'affirmative, s'il y avait lieu au prononcé d'une détermination des profits.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli en partie; l'appel incident doit être rejeté.

Le paragraphe 27(2) traite de la violation du droit d'auteur à une étape ultérieure, c'est-à-dire qu'il peut arriver, en effet, qu'un défendeur soit réputé contrevenir à un droit d'auteur même s'il n'a pas produit ou reproduit lui-même l'œuvre protégée. Le mot « contrefaçon » est défini à l'article 2 de la Loi. La dernière phrase du dernier paragraphe de cette définition indique clairement que les exemplaires d'une œuvre protégée au Canada mise en circulation à l'extérieur du Canada peuvent être contrefaisants lorsqu'ils sont importés au Canada dans le cas visé par l'alinéa 27(2)e) (c'est-à-dire, la vente, la location, la distribution, l'exposition, l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public). Le paragraphe 27(2) a été modifié en 1997 de sorte que les mots « une œuvre qui [ . . . ] viole le droit d'auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada » ont été remplacés par les mots suivants : « exemplaire d'une œuvre [ . . . ] alors que [ . . . ] la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit [d'auteur], ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit ». L'ajout des mots « par la personne qui l'a produit » constitue un changement significatif qui avait déjà été fait par la jurisprudence, dans *Clarke, Irwin & Co. c. C. Cole & Co.* Les décisions jurisprudentielles qui ont suivi n'ont fait qu'appliquer l'affaire *Clarke*. Dans toutes ces causes, pour établir la violation de son droit d'auteur à une étape ultérieure concernant un produit importé, les demandeurs ont prouvé qu'ils avaient le droit exclusif d'employer au Canada le droit d'auteur en question et que les exemplaires importés par les défendeurs n'avaient pas été produits par les demandeurs.

The three elements that must be proved to ground a claim of secondary infringement were approved by the Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*. The first element, primary infringement, need not be proven in the case of paragraph 27(2)(e) of the Act in light of the fact that the definition of “infringing” recognizes that infringement has occurred in the case of a copy that has been imported in the circumstances contemplated in paragraph 27(2)(e). That said, in the case of a product that is imported in the circumstances contemplated in paragraph 27(2)(e), subsection 27(2) itself provides that secondary infringement occurs when any of the things referred to in paragraphs 27(2)(a) to (c) is done, when the production or reproduction of the work in question would be an infringement if the copy had been made in Canada by the person who made it. Accordingly, reproductions of protected works that are made outside Canada may not be imported into Canada by the appellant for the purpose of doing anything referred to in paragraphs 27(2)(a) to (c), without there being a secondary infringement of KCI’s copyright, because KCI had an exclusive right of reproduction for Canada and the appellant knew that this exclusive right in the two works had been registered for Canada.

As to whether a determination of the profits should be made, there was nothing in the record to support the respondents’ contention that during the relevant period, the appellant’s gross revenues were no less than \$2.8 million. Given the less than satisfactory record on this point, the matter was referred back to the trial Judge.

Finally, KCI’s cross-appeal (seeking an order prohibiting the appellant from possessing the products at issue or importing them for the purpose of selling distributing or offering them for sale) was dismissed. Because the appellant may not sell, distribute or offer the protected works for sale, it may also not possess or import them for the purpose of selling distributing or offering them for sale. The cross-appeal was therefore superfluous.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Copyright Act*, S.R.C. 1952, c. 55, ss. 17(4), 27.  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “infringing” (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 2.7 (as enacted, *idem*, s. 2), 3 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2; c. 44, s. 55; 1997, c. 24, s. 3), 27(1) (as am. *idem*, s. 15), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), (4), 35 (as am. *idem*, s. 20), 36(2) (as am. *idem*), 44 (as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 119), 53 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 5;

Les trois éléments requis pour prouver la violation à une étape ultérieure ont été approuvés par la Cour suprême du Canada dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*. Le premier élément, la preuve d’une violation initiale du droit d’auteur, n’est cependant pas requise dans le cas de l’alinéa 27(2)e) de la Loi, compte tenu du fait que la définition de « contrefaçon » (*infringing*) reconnaît l’existence de la contrefaçon dans le cas d’un exemplaire importé dans les circonstances visées par l’alinéa 27(2)e). Ceci dit, de par les termes mêmes du paragraphe 27(2) de la Loi, dans le cas d’un produit importé dans les conditions visées à l’alinéa 27(2)e), il y a violation du droit d’auteur à une étape ultérieure dans l’accomplissement des actes énumérés aux alinéas 27(2)a) à c), quand la production ou la reproduction de l’œuvre en question constituerait une violation si elle avait été produite au Canada par la personne qui l’a produite. Ainsi, les reproductions des œuvres protégées faites hors du Canada ne peuvent être importées au Canada par l’appelante en vue de l’un ou l’autre des actes énumérés aux alinéas 27(2)a) à c), sans qu’il y ait violation du droit d’auteur de KCI à une étape ultérieure, puisque KCI détient un droit exclusif de reproduction pour le Canada et que l’appelante connaissait l’enregistrement pour le Canada des licences exclusives de KCI sur les deux œuvres.

Quant à la question de savoir s’il y a lieu au prononcé d’une détermination des profits, rien au dossier n’indiquait comment les intimées pouvaient affirmer que durant la période pertinente, « les recettes brutes s’élevaient au moins à 2,8 millions de dollars ». Devant le caractère peu satisfaisant du dossier à cet égard le dossier a été renvoyé au juge de première instance.

Enfin, l’appel incident de KCI (sollicitant une ordonnance de la Cour défendant à l’appelant de posséder ou d’importer les produits en cause dans le but de les vendre, les mettre en circulation ou les offrir en vente) a été rejeté. Puisque l’appelante ne peut ni vendre, ni mettre en circulation, ni offrir en vente les produits protégés, elle ne peut non plus les posséder ou les importer en vue de les vendre, les mettre en circulation, ou les offrir en vente. Les demandes contenues dans l’appel incident étaient donc superflues.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Copyright Act*, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, ch. 46.  
*Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*, S.C. 1921, ch. 24.  
*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « contrefaçon » (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 2.7 (édicte, *idem*, art. 2), 3 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2; ch. 44, art. 55; 1997, ch. 24, art. 3), 27(1) (mod., *idem*, art. 15), (2) (mod., *idem*), (3)

1997, c. 24, s. 30).  
*Copyright Act*, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.  
*Copyright Act*, 1921, S.C. 1921, c. 24.  
*Consumer Packaging and Labelling Act*, R.S.C., 1985, c. C-38.  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.  
*Weights and Measures Act*, R.S.C., 1985, c. W-6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339; (2004), 236 D.L.R. (4th) 395; 30 C.P.R. (4th) 1; 317 N.R. 107; 2004 SCC 13.

##### CONSIDERED:

*Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th) 242; 2004 FC 832; *Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 193; 2004 FC 1215; *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117; (1960), 22 D.L.R. (2d) 183; 33 C.P.R. 173; 19 Fox Pat. C. 143 (H.C.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2002] 4 F.C. 213; (2002), 212 D.L.R. (4th) 385; 18 C.P.R. (4th) 161; 224 F.T.R. 11; 289 N.R. 1; 2002 FCA 187.

##### REFERRED TO:

*Roy Export Co. Establishment v. Gauthier* (1973), 10 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.); *Godfrey, MacSkimming & Bacque Ltd. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 362; 40 D.L.R. (3d) 346; 13 C.P.R. (2d) 89 (H.C.J.); *Fly by Nite Music Co. Ltd. v. Record Warehouse Ltd.*, [1975] F.C. 386; (1975), 20 C.P.R. (2d) 283 (T.D.); *A & M Records of Canada Ltd. v. Millbank Music Corp. Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 (F.C.T.D.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319; 11 F.T.R. 44 (F.C.T.D.).

#### AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Designs. *Report on Copyright*. Ottawa: Queen's Printer, 1958.

Hayhurst, W. L. "Intellectual Property as a Non-Tariff Barrier in Canada, With Particular Reference to "Gray Goods" and "Parallel Imports" (1990), 31 C.P.R. (3d) 289.

(mod., *idem*), (4), 35 (mod., *idem*, art. 20), 36(2) (mod., *idem*), 44 (mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 119), 53 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 5; 1997, ch. 24, art. 30).

*Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1952, ch. 55, art. 17(4), 27.

*Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. (1985), ch. C-38.

*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.

*Loi sur les poids et mesures*, L.R.C. (1985), ch. W-6.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339; 2004 CSC 13.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, 2004 CF 832; *Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, 2004 CF 1215; *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117; (1960), 22 D.L.R. (2d) 183; 33 C.P.R. 173; 19 Fox Pat. C. 143 (H.C.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2002] 4 C.F. 213; 2002 CAF 187.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Roy Export Co. Establishment c. Gauthier*, [1973] A.C.F. n° 401 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Godfrey, MacSkimming & Bacque Ltd. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 362; 40 D.L.R. (3d) 346; 13 C.P.R. (2d) 89 (H.C.J.); *Fly by Nite Music Co. Ltd. c. Record Warehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386 (1<sup>re</sup> inst.); *A & M Records of Canada Ltd. c. Millbank Music Corp. Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Nomade Inc. et al.*, [1987] A.C.F. n° 1 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

#### DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels. *Rapport sur le droit d'auteur*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1958.

Hayhurst, W. L. « Intellectual Property as a Non-Tariff Barrier in Canada, With Particular Reference to "Gray Goods" and "Parallel Imports" » (1990), 31 C.P.R. (3d) 289.

Webster, W. Lee “Restraining the Gray Marketer Policy and Practice” (1987), 4 C.I.P.R. 211.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court ([2004] 4 F.C.R. 410; (2004), 33 C.P.R. (4th) 246; 252 F.T.R. 50; 2004 FC 652) granting a permanent injunction restraining the appellant from selling, distributing, exposing or offering for sale Côte d’Or and Toblerone confectionary products whose wrappers featured copyrighted artwork, and fixing the profits deriving from the infringement in the amount of \$300,000. Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

*François Boscher and Pierre-Emmanuel Moyse* for appellant.  
*Timothy M. Lowman and Ken McKay* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

*François Boscher*, Montréal, for appellant.  
*Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP*, Toronto, for respondents.

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

[1] DESJARDINS J.A.: This case addresses the issue of parallel importation, also known as the “grey market” (see W. Lee Webster, “Restraining the Gray Marketer Policy and Practice” (1987), 4 C.I.P.R. 211).

[2] The expression “grey market” or “gray market” generally refers to goods that are imported contrary to the wishes of the copyright holder or an authorized importer in a specific territory. It refers to goods which, as a general rule, are legitimately marketed in the foreign market, but whose presence in the local market is clouded by allegations of infringement. For this reason it is referred to as the “grey market” in contrast to the black market, in which copyright is infringed, and the white market, where there is no copyright infringement (W. L. Hayhurst Q.C., “Intellectual Property as a Non-Tariff Barrier in Canada, With

Webster, W. Lee « Restraining the Gray Marketer Policy and Practice » (1987), 4 C.I.P.R. 211.

APPEL et APPEL INCIDENT d’une décision de la Cour fédérale ([2004] 4 R.C.F. 410) laquelle a prononcé une injonction permanente enjoignant l’appelante de cesser de vendre, de distribuer, de mettre ou d’offrir en vente des produits de confiserie Côte d’Or et Toblerone dont les papiers d’emballage arboraient des illustrations protégées par le droit d’auteur, et a fixé à la somme de 300 000 \$ les profits dérivant de la contrefaçon. Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.

ONT COMPARU :

*François Boscher et Pierre-Emmanuel Moyse* pour l’appelante.  
*Timothy M. Lowman et Ken McKay* pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*François Boscher*, Montréal, pour l’appelante.  
*Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP*, Toronto, pour les intimées.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : L’affaire en litige a trait à l’importation parallèle, connue également sous le terme de « marché gris » (voir W. Lee Webster, « Restraining the Gray Marketer Policy and Practice » (1987), 4 C.I.P.R. 211).

[2] Le terme « marché gris » (*gray market* ou *grey market*) s’entend généralement de biens qui sont importés contrairement aux souhaits du titulaire du droit d’auteur ou d’un importateur autorisé dans un territoire spécifique. Il s’agit d’un bien qui, règle générale, est légitimement mis sur le marché étranger mais dont la présence sur le marché local est assombrie par suite d’allégations de contrefaçon. D’où le nom « marché gris », par opposition au marché noir, où il y a contravention au droit d’auteur, et au marché blanc, où il n’y a pas contravention au droit d’auteur (W. L. Hayhurst Q.C., « Intellectual Property as a Non-Tariff

Particular Reference to ‘Gray Goods’ and ‘Parallel Imports’” (1990), 31 C.P.R. (3d) 289, at page 298).

[3] The issue in this case is whether the respondent Kraft Canada Inc. (KCI), which has held since October 2002 an exclusive licence for the production, reproduction and distribution in Canada of the copyright for the Côte d’Or elephant and the Toblerone bear within the mountain, may, under subsection 27(2) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 15] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act), compel the appellant, Euro Excellence, to cover over the Côte d’Or elephant and the Toblerone bear within the mountain, which are reproduced on the wrappers of the Côte d’Or and Toblerone products sold by it. Euro Excellence imports those products from an unnamed source in an unnamed European country and distributes them in Canada. KCI does not dispute that the products in issue are genuine.

[4] Although the Côte d’Or elephant is also impressed within the Côte d’Or chocolate itself, KCI does not seek to prevent Euro Excellence from continuing its importing and distribution of those products. KCI submits that Euro Excellence is free to do so, provided, however, that it respects KCI’s copyright in the packaging.

[5] Euro Excellence appeals from a decision of the Federal Court of Canada (*Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc.*, [2004] 4 F.C.R. 410, Harrington J.) granting a permanent injunction ordering it to cease selling, distributing, exposing or offering for sale copies of the protected works (the Côte d’Or elephant and the Toblerone bear within the mountain). Mr. Justice Harrington pointed out that KCI was taking issue not with the product sold, but rather with the illustrations appearing on the wrappers (paragraph 3 of his reasons). In order to maintain some semblance of peace and order, he did not require Euro Excellence to recall product which had already left its control or to deliver up its inventory to KCI (paragraph 64 of his reasons). Mr. Justice Harrington instead required the appellant to cover over the artwork on the packaging, price lists and other material prior to selling, distributing, exposing or offering for sale Côte d’Or and Toblerone confectionary

Barrier in Canada, With Particular Reference to ‘Gray Goods’ and ‘Parallel Imports’ » (1990), 31 C.P.R. (3d) 289, à la page 298).

[3] Il s’agit en l’espèce de déterminer si l’intimée Kraft Canada Inc. (KCI), qui détient depuis octobre 2002 une licence exclusive de production, de reproduction et de distribution pour le Canada du droit d’auteur sur l’éléphant Côte d’Or et sur l’ours dans la montagne Toblerone, peut, suivant le paragraphe 27(2) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 15] de la *Loi sur le droit d’auteur* (L.R.C. 1985, ch. C-42), (la Loi) obliger l’appelante, Euro Excellence, à masquer l’éléphant Côte d’Or et l’ours dans la montagne Toblerone reproduits sur les emballages des produits Côte d’Or et Toblerone vendus par lui. Euro Excellence importe et distribue ces produits au Canada d’une source anonyme en provenance d’un pays européen non identifié. KCI ne conteste pas le caractère véritable des produits en cause.

[4] Même si l’éléphant Côte d’Or est aussi gaufré dans le chocolat Côte d’Or lui-même, KCI ne prétend pas empêcher Euro Excellence de poursuivre ses activités d’importation et de distribution de ces produits. Libre à Euro Excellence de le faire, soutient KCI, à la condition toutefois de respecter les droits d’auteur de KCI sur l’emballage.

[5] Euro Excellence interjette appel d’une décision de la Cour fédérale du Canada (*Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, [2004] 4 R.C.F. 410, Harrington J.), laquelle a prononcé une injonction permanente l’enjoignant de cesser de vendre, de distribuer, de mettre ou d’offrir en vente des exemplaires des œuvres protégées (soit l’éléphant Côte d’Or et l’ours dans la montagne Toblerone). Le juge Harrington soulignait que KCI s’en prenait non pas au produit vendu mais plutôt aux illustrations figurant sur les papiers d’emballage (paragraphe 3 de ses motifs). Dans le but de maintenir une apparence de paix et d’ordre, il n’exigeait pas qu’Euro Excellence rappelle les produits dont elle n’avait plus le contrôle ou qu’elle remette ses stocks à KCI (paragraphe 64 de ses motifs). Le juge Harrington obligeait plutôt l’appelante à masquer les éléments graphiques des emballages, des listes de prix et autres éléments préalablement à la vente, la distribution, la

products, and in particular chocolate bars.

[6] Euro Excellence was ordered to pay the sum of \$300,000, calculated in proportion to the profits made, pursuant to section 35 [as am. *idem*, s. 20] of the Act.

[7] Mr. Justice Harrington then issued an initial directive, on June 9, 2004 (*Kraft Canada v. Euro Excellence Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th) 242 (F.C.)), followed by a second, on September 3, 2004 ((2004), 35 C.P.R. (4th) 193), in which he stated that he was satisfied with the stickers used by Euro Excellence to cover over the Côte d'Or elephant and the Toblerone bear within the mountain on the wrappers of the products imported into and distributed in Canada.

[8] By cross-appeal, the respondents ask this Court to vary the wording of the permanent injunction to prohibit expressly the appellant from importing and possessing those works for the purpose of doing any of the acts referred to in paragraphs (a) to (c) of subsection 27(2) of the Act.

## I. THE FACTS

[9] The essential facts of this case are described at paragraphs 13 to 20 of the trial Judge's reasons as follows:

Kraft Foods Belgium S.A. of Halle, Belgium manufactures the Côte d'Or line of confectionary products in Europe. In 1993, it authorized Euro Excellence Inc. to act as a Canadian distributor. This led to an exclusive Canadian distribution contract which lasted for three years, ending in December 2000. Two reasons for non-renewal are advanced. Kraft claims that while Euro Excellence successfully marketed Côte d'Or in Quebec, it made little inroads in the rest of Canada. Euro Excellence claims that Kraft was acting in a predatory manner, wanted to take advantage of its contacts and goodwill and is trying to sacrifice it on the altar of multinational integration.

Kraft Canada Inc. began distributing the Côte d'Or line pursuant to contract in 2001. In fact, it had an earlier contract to distribute Côte d'Or which went back to 1990, but it never acted upon it. In early 2001, Euro Excellence was still

mise ou l'offre en vente, des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone, notamment des tablettes de chocolat.

[6] Euro Excellence fut condamnée à payer une somme de 300 000 \$, calculée en proportion des profits réalisés, en application de l'article 35 [mod., *idem*, art. 20] de la Loi.

[7] Le juge Harrington émit par la suite une première directive le 9 juin 2004 (*Kraft Canada c. Euro Excellence Inc.*, 2004 CF 832), puis une seconde, le 3 septembre 2004, 2004 CF 1215), où il se déclarait satisfait des mesures de collage prises par Euro Excellence pour masquer l'éléphant Côte d'Or et l'ours dans la montagne Toblerone sur les emballages des produits importés et distribués au Canada.

[8] Par voie d'appel incident, les intimées demandent à cette Cour de modifier le libellé de l'injonction permanente afin de défendre expressément à l'appelante d'importer et de posséder ces œuvres en vue de l'accomplissement de l'un des actes visés aux alinéas a) à c) du paragraphe 27(2) de la Loi.

## I. LES FAITS

[9] Les faits essentiels de cette affaire sont décrits ainsi aux paragraphes 13 à 20 des motifs du premier juge :

Kraft Foods Belgium S.A., de Halle en Belgique, fabrique la gamme de produits de confiserie Côte d'Or en Europe. En 1993, elle a autorisé Euro Excellence Inc. à agir comme distributeur canadien. Il s'en est suivi un contrat de distribution exclusive pour le Canada d'une durée de trois ans; ce contrat s'est terminé en décembre 2000. On invoque deux motifs de non-renouvellement. Kraft soutient que bien qu' Euro Excellence ait commercialisé avec succès Côte d'Or au Québec, elle a fait peu de gains dans le reste du Canada. Euro Excellence soutient pour sa part que Kraft se comportait comme un prédateur, voulait tirer avantage de ses contacts et de son renom et qu'elle tente de la sacrifier sur l'autel de l'intégration multinationale.

Kraft Canada Inc. a commencé à distribuer la gamme Côte d'Or en 2001 en vertu d'un contrat. En fait, elle avait eu un contrat antérieur qui remontait à 1990 pour la distribution de Côte d'Or mais n'y avait jamais donné suite. Au début de

distributing Côte d'Or products. Kraft was not particularly concerned as it assumed it was selling off accumulated inventory, but soon came to realize that it was selling new product from another source.

Furthermore, Euro Excellence began to parallel import Toblerone chocolate bars, which Kraft Canada Inc. had been distributing in Canada since 1990. What has particularly galled Kraft is that Euro Excellence's supplier is also providing it with the so-called "Golden" bars. These bars, which I understand are considerably larger than the normal bars, are intended to be sold only in duty free shops. In fact, the manufacturer, Kraft Foods Schweiz AG of Geneva, has never made them available to Kraft Canada Inc. As a result, Euro Excellence distributes a broader range of Toblerone products, which may give it some advantage in the marketplace.

It is not difficult to see that the dispute was escalating. Kraft claims that Euro Excellence is piggy-backing on its advertising, which gives it a market advantage, is adding cheap stick-on labels which detract from the first-class nature of the product, has not complied with all relevant Canadian packaging and labelling legislation and regulation, and indeed could have created a health hazard and put Kraft at risk for not "Canadianizing" the French list of ingredients. In one instance, an ingredient was identified as "*fruits secs*" which apparently is broad enough in Europe to cover nuts, while the term would not be construed that way in Canada.

In contrast, Kraft Canada Inc. says it takes extreme care to provide a first-class product in terms of packaging. In some instances the packaging at the European plants is done to its own specifications, or very professional, unnoticeable labels are affixed so as to conform to Canadian law.

...

In order to thwart Euro Excellence, in October 2002, Kraft Foods Belgium S.A. registered the three Côte d'Or copyrights in Canada in the artistic category. The author was identified as one Thierry Bigard. The same day a licence agreement between it and Kraft Canada Inc. was also registered. The licence gave Kraft Canada Inc.:

... the sole and exclusive right and license in the Territory to produce, reproduce and adapt the Works or

2001, Euro Excellence distribuait toujours les produits Côte d'Or. Kraft ne s'en inquiétait pas particulièrement car elle supposait qu' Euro Excellence liquidait des stocks accumulés, mais elle a bientôt réalisé qu'elle vendait de nouveaux produits venant d'une autre source.

Par ailleurs, Euro Excellence a commencé l'importation parallèle de tablettes de chocolat Toblerone que Kraft Canada Inc. distribuait au Canada depuis 1990. Ce qui a particulièrement irrité Kraft, c'est le fait que le fournisseur d' Euro Excellence lui procure également les tablettes dites « Golden ». Ces tablettes, qui, selon ma compréhension, sont beaucoup plus grosses que les tablettes de format normal, ne sont censées être vendues que dans les boutiques hors taxes. En fait, le fabricant Kraft Foods Schweiz AG de Genève ne les a jamais offertes à Kraft Canada Inc. En conséquence, Euro Excellence distribue un assortiment plus large de produits Toblerone, ce qui peut lui conférer un certain avantage sur le marché.

Il n'est pas difficile de voir que le différend s'envenimait. Kraft fait valoir qu' Euro Excellence tire parti de sa publicité, ce qui lui donne un avantage de marché, ajoute des étiquettes autocollantes bon marché qui nuisent à la nature d'un produit de première classe, ne s'est pas conformée aux lois et règlements canadiens applicables en matière d'emballage et d'étiquetage et pourrait de fait avoir créé un danger pour la santé et mis Kraft en situation à risque en ne « canadianisant » pas la liste française des ingrédients. À titre d'exemple, un ingrédient était désigné comme « fruits secs », ce qui en Europe semble assez large pour englober les noix, alors que l'expression ne serait pas interprétée de cette manière au Canada.

En revanche, Kraft Canada Inc. dit prendre beaucoup de soin pour offrir un produit de première classe du point de vue de l'emballage. Dans certains cas, l'emballage dans les usines européennes se fait selon ses propres spécifications, ou alors des étiquettes très professionnelles, peu susceptibles d'attirer l'attention, sont apposées sur les produits de manière à se conformer à la législation canadienne.

[. . .]

Dans le but de déjouer Euro Excellence, Kraft Foods Belgium SA a, en octobre 2002, enregistré au Canada dans la catégorie des œuvres artistiques les trois droits d'auteur se rapportant à Côte d'Or. L'auteur était désigné comme un certain Thierry Bigard. Le même jour, un contrat de licence entre elle et Kraft Canada Inc. était également enregistré. La licence conférait à Kraft Canada Inc. :

[TRADUCTION] [. . .] l'autorisation et le droit exclusifs de produire, de reproduire et d'adapter les œuvres ou toute

any substantial part thereof, in any material form whatever, and to use and publicly present the Works in association with the manufacture, distribution or sale in Canada of confectionary products, including, but not limited to, chocolate.

The same day, Kraft Foods Schweiz AG registered the Toblerone bear within the mountain as copyright in the artistic category and registered a similar licensing agreement with Kraft Canada Inc.

Euro Excellence was called upon to cease and desist distributing product with the Côte d'Or script, elephant and red shield, and the Toblerone bear within the mountain. It has refused to do so. Although the Côte d'Or elephant is also impressed within the Côte d'Or chocolate itself, Kraft has made it clear that it is not trying to stop Euro Excellence from selling the chocolate, only from distributing it within wrappers which contain the artistic works registered as copyright.

## II. THE DECISION UNDER APPEAL

[10] At trial, Euro Excellence asserted technical defences based on the Act itself, and also defences based on the equitable jurisdiction of the Federal Court. It also argued the constitutional limits that it contended apply to the statutory provisions in issue, as well as limits relating to public policy.

[11] Euro Excellence argued that the mountain, bear, elephant, Côte d'Or script and red shield are not original illustrations and accordingly are not entitled to copyright protection. Euro Excellence also argued that the chain of title leading to KCI's licence for Côte d'Or was defective. In the case of Toblerone, the chain of title was not disputed, but the creative element of the work was. The appellant questioned the originality of a work depicting a snow-covered mountain, with some of the snow in the shape of a bear.

[12] In equity, Euro Excellence argued that an injunction could not issue because KCI did not have clean hands. Euro Excellence contended that KCI was a predator trying to take advantage of the goodwill and contacts that Euro Excellence, which had previously

partie importante de celles-ci sur le Territoire, sous quelque forme matérielle que ce soit et d'utiliser et de représenter publiquement les œuvres en liaison avec la fabrication, la distribution ou la vente au Canada de produits de confiserie notamment du chocolat.

Le même jour, Kraft Foods Schweiz AG enregistrait l'ours dans la montagne de Toblerone comme droit d'auteur dans la catégorie des œuvres artistiques ainsi qu'un contrat de licence similaire avec Kraft Canada Inc.

Euro Excellence a été mise en demeure de cesser de distribuer les produits sur lesquels apparaissent l'écriture, l'éléphant et le bouclier rouge de Côte d'Or et l'ours dans la montagne de Toblerone. Elle a refusé d'obtempérer. Même si l'éléphant de Côte d'Or est aussi gaufré dans le chocolat Côte d'Or lui-même, Kraft a précisé qu'elle ne cherche pas à empêcher Euro Excellence de vendre le chocolat, mais uniquement de le distribuer dans le papier d'emballage comportant les œuvres artistiques enregistrées à titre de droits d'auteur.

## II. LA DÉCISION SOUS APPEL

[10] En première instance, Euro Excellence a invoqué des défenses de nature technique basées sur la Loi elle-même, ainsi que des défenses fondées sur la compétence en equity de la Cour fédérale. Elle a aussi invoqué les limites constitutionnelles qu'elle prétendait applicables aux dispositions législatives en cause, auxquelles elle ajoutait des limites d'ordre public.

[11] Euro Excellence prétendait que la montagne, l'ours, l'éléphant, l'écriture Côte d'Or et le bouclier rouge ne sont pas des illustrations originales et ne peuvent, par conséquent, faire l'objet d'un droit d'auteur. Euro Excellence invoquait également que la chaîne de titres menant à la licence de Côte d'Or par KCI était déficiente. Dans le cas de Toblerone, la chaîne de titre n'était pas contestée mais la créativité de l'œuvre l'était. L'appelante mettait en doute le caractère original d'une œuvre représentant une montagne couverte de neige, où la neige adopte en partie la forme d'un ours.

[12] En equity, Euro Excellence prétendait qu'aucune injonction ne pouvait être émise car KCI n'était pas sans reproche. Euro Excellence soutenait que KCI était un prédateur qui essayait de tirer avantage du renom et des contacts qu'aurait établis Euro Excellence qui avait déjà

been an exclusive distributor of the Côte d'Or line in Canada, had developed. Euro Excellence contended that the respondents' sole purpose was to interfere with its business.

[13] Euro Excellence added that the statutory provisions regarding copyright must be interpreted narrowly so as not to impinge upon provincial jurisdiction in relation to property and civil rights.

[14] On the question of public policy, the appellant argued that copyright cannot be used to create a monopoly that would infringe upon a free market exchange of goods.

[15] The trial Judge rejected all of Euro Excellence's arguments.

[16] Three separate copyrights were asserted in respect of Côte d'Or. One is an elephant facing to the right with its trunk curled up. The second is the style of script used to spell "Côte d'Or". The third is a red shield which serves as a background to both the elephant and the Côte d'Or script.

[17] The trial Judge accepted the evidence that Thierry Bigard, in his capacity as creative director of the European office of Landor Associates in Paris, was responsible for the design of the new Côte d'Or visual identity in 1998. The policy at Landor Associates was that any rights which arose from the creative efforts of employees were owned by Landor, as the employer. Once that hurdle was overcome, the chain of ownership from Thierry Bigard through Landor through to various Kraft companies was faultless.

[18] Relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*), the trial Judge concluded that the Côte d'Or elephant on the wrappers was original because it resulted from an exercise of skill and judgment. Although the elephant had appeared on the Côte d'Or brand since at least 1906, and in all

été un distributeur exclusif de la gamme Côte d'Or au Canada. Euro Excellence soutenait que le seul objectif poursuivi par les intimées était de lui nuire.

[13] À cela Euro Excellence ajoutait que les dispositions législatives sur le droit d'auteur doivent être interprétées restrictivement afin de ne pas empiéter sur la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils.

[14] Eu égard à l'ordre public, l'appelante faisait valoir que le droit d'auteur ne saurait être utilisé pour créer un monopole qui porte atteinte au marché du libre échange des biens.

[15] Le premier juge rejeta toutes les prétentions d'Euro Excellence.

[16] Trois droits d'auteur distincts ont été réclamés à l'égard de Côte d'Or. L'un porte sur un éléphant tourné vers la droite dont la trompe est courbée vers le haut. Le deuxième se rapporte au style d'écriture utilisé pour former les mots « Côte d'Or ». Le troisième est un genre de bouclier rouge qui sert de fond à la fois pour l'éléphant et pour l'écriture de Côte d'Or.

[17] Le premier juge retint de la preuve que Thierry Bigard, en sa qualité de directeur de la création au bureau européen de Landor Associates à Paris, fut responsable, en 1998, de la conception d'une nouvelle identité visuelle pour les produits Côte d'Or. La politique chez Landor Associates voulait que les droits découlant du travail créatif des employés appartenaient à Landor en sa qualité d'employeur. Cet obstacle une fois franchi, la chaîne de propriété allant de Thierry Bigard aux diverses sociétés Kraft en passant par Landor était sans reproche.

[18] S'appuyant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*), le premier juge conclut que l'éléphant Côte d'Or figurant sur les emballages était d'un caractère original car il était le fruit du talent et du jugement. Même si l'éléphant avait figuré sur la marque Côte d'Or au moins depuis 1906, et

likelihood owed its inspiration to a postage stamp from Guinea, the designers had produced a number of drawings of the elephant before settling on their choice. The design obtained resulted from intellectual effort and deserved copyright protection as an original work.

[19] However, the trial Judge was of the opinion that the same could not be said of the Côte d'Or script and the red shield. The written text was a mere change of font, which did not enjoy the benefit of copyright. Nor was there anything original about the red shield, and it was not deserving of copyright protection.

[20] With respect to the Toblerone bear within the mountain, the trial Judge held that even if the mountain represented Mont Cervin and the bear was the symbol of the canton of Berne, Switzerland, where the chocolate bars are manufactured, the work was nonetheless original, even if it was not abstract art.

[21] The trial Judge rejected Euro Excellence's arguments regarding the alleged business practices adopted by the respondents.

[22] In the constitutional sphere, the trial Judge was of the opinion that the language of the Act, which is a matter under federal jurisdiction, had to be given full force and effect, and that the offence set out in subsection 27(2) of the Act did not impinge on provincial jurisdiction in relation to property and civil rights. He also rejected Euro Excellence's arguments alleging a breach of public policy.

[23] Citing Canadian and Australian case law, the trial Judge concluded that subsection 27(2) of the Act applied. He added (paragraph 60 of his reasons) that there was nothing to prevent the appellant from replacing the wrappers or otherwise covering over the copyrighted material. He granted KCI:

1. A permanent injunction restraining Euro Excellence Inc., its affiliates, officers, directors, employees, agents and all those under its control, or any one of them, from selling, distributing, exposing or offering for sale any

qu'il avait probablement été inspiré d'un timbre-poste de la Guinée, les concepteurs avaient réalisé plusieurs dessins de l'éléphant avant d'arrêter leur choix. Le dessin obtenu résultait d'un effort intellectuel et méritait la protection du droit d'auteur en tant qu'œuvre originale.

[19] Le premier juge fut cependant d'avis qu'on ne pouvait pas en dire autant de l'écriture Côte d'Or et du bouclier rouge. Le texte écrit était un simple changement de police de caractères, lequel ne bénéficiait pas de la protection du droit d'auteur. Le bouclier rouge, lui non plus, n'avait rien d'original et ne méritait pas la protection du droit d'auteur.

[20] Quant à l'ours Toblerone à l'intérieur de la montagne, le premier juge retint que même si la montagne représentait le Mont Cervin et que l'ours était l'emblème du canton de Berne en Suisse où sont fabriqués les chocolats, l'œuvre avait néanmoins un caractère original, et ce, même si elle n'était pas représentative de l'art abstrait.

[21] Le premier juge rejeta les prétentions d'Euro Excellence à l'égard des prétendues pratiques commerciales adoptées par les intimées.

[22] Sur le plan constitutionnel, le premier juge fut d'avis qu'il fallait donner pleine force et plein effet au libellé de la Loi, qui relevait de la compétence fédérale, et que l'infraction prévue au paragraphe 27(2) de la Loi ne constituait pas un empiétement sur la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils. Il rejeta de plus les allégations d'Euro Excellence relatives à l'atteinte à l'ordre public.

[23] S'appuyant sur la jurisprudence canadienne et australienne, le premier juge conclut à l'application du paragraphe 27(2) de la Loi. Il ajouta (paragraphe 60 de ses motifs), qu'il ne s'opposait pas à ce que l'appelante remplace les emballages ou dissimule autrement le matériel protégé par le droit d'auteur. Il accorda à KCI :

1. une injonction permanente interdisant à Euro Excellence Inc., à toute personne morale du même groupe, à ses dirigeants, administrateurs, employés, agents et à toute personne sous son autorité, de vendre,

copies of the artistic works, namely packaging design elements identified as the Toblerone bear within a mountain and the Côte d'Or elephant, herein identified in whole or substantial part:



2. A permanent injunction requiring Euro Excellence, its affiliates, officers, directors, employees, agents and all those under its control, to render non-infringing any packaging design elements, price lists or other paraphernalia before selling, distributing, exposing or offering for sale any Toblerone or Côte d'Or confectionary product, including chocolate bars;

3. Damages in the amount of \$300,000;

4. Pre-judgment interest thereon from 29 October 2002 to the date of judgment, calculated at the annual rate of 5%;

5. Post-judgment interest on the judgment award at a commercial rate, being 1% above the average Canadian bank prime rate;

6. Costs.

### III. THE APPEAL IN THIS COURT

[24] In this Court, Euro Excellence reiterated the arguments that it had advanced before the trial Judge.

[25] In our view, because the trial Judge did not commit any error in respect of the questions addressed above, except perhaps in respect of two of them, we decided to hear the respondent on those two questions specifically, which we stated as follows:

A. By acting as it did, did Euro Excellence violate subsection 27(2) of the Act?

distribuer, exposer ou offrir en vente une copie de la totalité ou d'une partie importante des œuvres artistiques, à savoir des éléments du dessin de l'emballage désignés comme étant l'ours à l'intérieur d'une montagne relativement à Toblerone et l'éléphant relativement à Côte d'Or, décrits ci-dessous :

2. une injonction permanente obligeant Euro Excellence, toute personne morale du même groupe, ses dirigeants, administrateurs, employés, agents et toute personne sous son autorité, à prendre les mesures nécessaires, avant de vendre, distribuer, exposer ou offrir en vente tout produit de confiserie Toblerone ou Côte d'Or, notamment des tablettes de chocolat, pour faire en sorte que tout élément du dessin de l'emballage, toute liste de prix ou tout autre article ne constituent pas une contrefaçon;

3. des dommages-intérêts de 300 000 \$;

4. l'intérêt avant jugement sur ces dommages-intérêts calculé au taux de 5% par an pour la période du 29 octobre 2002 à la date du jugement;

5. l'intérêt après jugement sur le montant accordé par jugement à un taux commercial, à savoir le taux préférentiel moyen des banques canadiennes majoré de 1%;

6. les dépens.

### III. L'APPEL DEVANT NOUS

[24] Euro Excellence a repris devant nous les mêmes arguments que ceux qu'elle avait fait valoir devant le premier juge.

[25] Le premier juge n'ayant, selon nous, commis aucune erreur sur les questions traitées plus haut, sauf peut-être sur deux, nous avons choisi d'entendre l'intimée précisément sur ces deux questions, que nous avons formulées ainsi :

A. Euro Excellence, en agissant comme elle l'a fait, contrevenait-elle au paragraphe 27(2) de la Loi?

B. If so, should a determination of the profits be made, as the trial Judge did?

[26] I will address these two questions.

[27] I will then dispose of the cross-appeal.

#### IV. ANALYSIS

[28] Before beginning the analysis with respect to the two questions stated above, we should clarify some of the details regarding the products sold and the packaging of those products, and the licences held by the respondents.

[29] KCI imports confectionary products and distributes them in Canada under the name Jacobs Suchard Canada. Since January 1, 2001, Jacobs Suchard Canada has held an exclusive distribution licence, which was brought to the attention of Euro Excellence. The licence reads as follows (A.B., Vol. I, page 133, paragraph 21, and page 152):

[TRANSLATION] This is to confirm that since January 1, 2001, Jacobs Suchard Canada has been the sole company authorized to import Côte d'Or products into Canada directly from the production plants. In fact, Côte d'Or is manufactured in Belgium under Kraft Europe.

[30] Kraft Foods Belgium SA (KFB) manufactures the products sold under the trade-mark "Côte d'Or". Kraft Foods Schweiz AG (KFS) manufactures the products sold under the trade-mark "Toblerone". The confectionary products sold by KCI in Canada come only from KFB and KFS plants in Europe (affidavit of Marilyn I. Miller, "category business director," KCI, A.B., Vol. I, at page 131, paragraph 14). KCI and KFB are affiliates whose parent company is Kraft Foods Inc. (A.B., Vol. III, page 720 and Vol. IV, page 822). While the evidence does not specify on this point, there is also reason to assume that the same is true of KFS. The trial Judge noted (see paragraph 17 of his reasons, reproduced above) that KCI takes care to provide a first-class product in terms of packaging. In some instances the packaging at the European plants is done to its own specifications, or special labels are affixed so as to conform to the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985,

B. Dans l'affirmative, y a-t-il lieu au prononcé d'une détermination des profits comme l'a fait le premier juge?

[26] Je traiterai de ces deux questions.

[27] Je disposerai ensuite de l'appel incident.

#### IV. ANALYSE

[28] Avant de procéder à l'analyse des deux questions formulées plus haut, il est utile d'apporter des précisions quant aux produits vendus et à leurs emballages et quant aux licences détenues par les intimés.

[29] KCI importe et distribue au Canada des articles de confiserie sous le nom Jacobs Suchard Canada. Jacobs Suchard Canada détient, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, un permis de distribution exclusive, lequel fut porté à la connaissance d'Euro Excellence. Ce permis se lit comme suit (C.A., vol. I, page 133, paragraphe 21 et page 152) :

La présente est pour confirmer que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, Jacobs Suchard Canada est la seule compagnie autorisée à importer les produits Côte d'Or au Canada directement des usines de production. De fait, Côte d'Or est manufacturé en Belgique sous Kraft Europe.

[30] Kraft Foods Belgium SA (KFB) fabrique les produits vendus sous la marque « Côte d'Or ». Kraft Foods Schweiz AG (KFS) par ailleurs fabrique les produits vendus sous la marque « Toblerone ». Les produits de confiserie vendus par KCI au Canada proviennent uniquement des usines de KFB et de KFS en Europe (affidavit de Marilyn I. Miller, « category business director », KCI, C.A., vol. I, à la page 131, paragraphe 14). KCI et KFB sont des sociétés affiliées dont la société-mère est Kraft Foods Inc. (C.A., vol. III, page 720 et vol. IV, page 822). Et quoique la preuve ne soit pas spécifique à ce sujet, il y a également lieu de présumer qu'il en est de même pour KFS. Le premier juge a noté (voir paragraphe 17 de ses motifs reproduits plus haut) que KCI prend soin d'offrir un produit de première classe du point de vue de son emballage. Dans certains cas, l'emballage dans les usines européennes se fait selon ses propres spécifications ou alors des

c. F-27, the *Consumer Packaging and Labelling Act*, R.S.C., 1985, c. C-38, and the *Weights and Measures Act*, R.S.C., 1985, c. W-6.

[31] KCI markets nine Côte d'Or products, while Euro Excellence markets over 40. KCI has created five packaging formats specifically for Canada, for five of the nine Côte d'Or products it sells. For the four other Côte d'Or products, KCI applies a sticker to the packaging used by the manufacturer (A.B., Vol. I, page 136, paragraphs 36(a) and (b)).

[32] For Toblerone products, KCI repackages the products it receives from KFS so that they comply with the Canadian legislation referred to above.

[33] KCI was unable to produce any order form filled out by Euro Excellence to establish the origin of the products sold by Euro Excellence (cross-examination of Marilyn I. Miller, A.B., Vol. III, page 670, at page 744). KCI asked Euro Excellence to establish the origin of the products sold but Euro Excellence refused to reply (cross-examination of André Clémence, president of Euro Excellence, A.B., Vol. III, page 466, at pages 479-481 and 577; cross-examination of Marilyn I. Miller, A.B., Vol. III, page 670, at pages 742, 743, 744, 745, 755 bis., 756 and 823) or simply said that it did not understand the question as it was worded (cross-examination of André Clémence, A.B., Vol. III, page 466, at page 564, line 13 *et seq.*).

[34] The respondents do admit that the chocolates sold by the appellant are genuine Toblerone and genuine Côte d'Or. The trial Judge concluded (paragraph 1 of the reasons for judgment) that Euro Excellence purchases "from an unnamed source in an unnamed European country, imports and distributes them in Canada in their European wrappers, with a label affixed in an effort to conform to Canadian packaging regulations." However, there is nothing in the evidence to show the exact origin of the copies of the protected works on the packaging of the products marketed in

étiquettes spéciales sont apposées sur les produits de manière à se conformer à la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. (1985), ch. C-38 et la *Loi sur les poids et mesures*, L.R.C. (1985), ch. W-6.

[31] KCI met sur le marché neuf produits Côte d'Or alors qu'Euro Excellence en met plus de 40. KCI a créé cinq emballages spécifiques pour le Canada pour cinq des neuf produits Côte d'Or qu'elle vend. Quant aux quatre autres produits Côte d'Or, KCI applique un collant sur l'emballage utilisé par le fabricant (C.A., vol. I, page 136, paragraphes 36a) et b)).

[32] Quant au produit Toblerone, KCI refait l'emballage des produits qu'elle reçoit de KFS de façon à ce qu'ils soient conformes aux lois canadiennes précitées.

[33] KCI n'a pu mettre en preuve aucun bon de commande rempli par Euro Excellence afin d'établir l'origine des produits vendus par Euro Excellence (contre-interrogatoire de Marilyn I. Miller, C.A., vol. III, page 670, à la page 744). KCI a demandé à Euro Excellence d'établir la provenance des produits vendus mais celle-ci s'est refusée à répondre (contre-interrogatoire de M. André Clémence, président d'Euro Excellence, C.A., vol. III, page 466, aux pages 479 à 481 et 577; contre-interrogatoire de Marilyn I. Miller, C.A., vol. III, page 670, aux pages 742, 743, 744, 745, 755 bis., 756 et 823) ou a simplement affirmé ne pas comprendre la question, telle qu'elle était formulée (contre-interrogatoire de M. André Clémence, C.A., vol. III, page 466, à la page 564, lignes 13 et suivantes).

[34] Les intimées admettent par ailleurs que le chocolat vendu par l'appelante est le véritable Toblerone et le véritable Côte d'Or. Le premier juge a conclu (paragraphe 1 des motifs du jugement) qu'Euro Excellence s'approvisionne « d'une source anonyme dans un pays européen non identifié; elle les importe et les distribue au Canada dans leurs papiers d'emballage européens, en y apposant une étiquette pour se conformer à la réglementation canadienne en matière d'emballage ». Rien cependant dans la preuve n'indique l'origine exacte des exemplaires des œuvres protégées

Canada by Euro Excellence (cross-examination of Marilyn I. Miller, A.B., Vol. III, page 670, at page 743, lines 2 to 5, line 25 *et seq.*).

[35] The respondents pointed out that they have registered their copyright and cited their rights under the Act (section 53 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 5: 1997, c. 24, s. 30] of the Act) and under contracts that have been signed between them.

[36] KFB owns the copyright, registered on October 25, 2002, in the titles “Côte d’Or” (A.B., Vol. I, page 48), “Côte d’Or Shield” (A.B., Vol. I, page 52), and “Côte d’Or Elephant” (A.B., Vol. I, page 55).

[37] KFS owns the copyright in the work “Toblerone Mountain”, which was registered in Canada on October 25, 2002 (A.B., Vol. I, page 98).

[38] Also on October 25, 2002, KCI registered two documents, each entitled “Copyright Licence Agreement”. These documents were signed on October 9, 2002. They granted KCI exclusive licences for Canada in respect of the copyright held by KFS and the copyright held by KFB. The relevant terms of those licences are as follows (A.B., Vol. I, page 101, at page 103; page 120, at page 122.):

#### 2.01

The Licensor grants to the Licensee the sole and exclusive right and license in the Territory to produce, reproduce and adapt the Works or any substantial part thereof, in any material form whatever, and to use and publicly present the Works in association with the manufacture, distribution or sale in Canada of confectionery products, including, but not limited to, chocolate;

#### 2.02

The Licensee shall have no right to sublicense any rights granted to it pursuant to this Agreement, or to consent to the use by any Person of the Works, without the prior written consent of the Licensor; [Emphasis is mine.]

sur les emballages des produits mis sur le marché canadien par Euro Excellence (contre-interrogatoire de Marilyn I. Miller, C.A., vol. III, page 670, à la page 743, lignes 2 à 5, ligne 25 et suivantes).

[35] Les intimées ont fait état de l’enregistrement de leurs droits d’auteur et des droits dont elles sont les titulaires en vertu de la Loi (article 53 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 5; 1997, ch. 24, art. 30] de la Loi) et en vertu de contrats signés entre elles.

[36] KFB est titulaire du droit d’auteur, enregistré le 25 octobre 2002, sur les titres « Côte d’Or » (C.A., vol. I, page 48), « Côte d’Or Shield » (C.A., vol. I, page 52), et « Côte d’Or Éléphant » (C.A., vol. I, page 55).

[37] KFS est titulaire du droit d’auteur dans l’œuvre « Toblerone Mountain », lequel fut enregistré au Canada le 25 octobre 2002 (C.A., vol. I, page 98).

[38] Le même jour, soit le 25 octobre 2002, KCI obtenait l’enregistrement de deux documents, chacun intitulé « Copyright licence agreement ». Ces documents furent signés le 9 octobre 2002. Ces documents accordaient à KCI des licences exclusives pour le Canada sur le droit d’auteur détenu par KFS et sur le droit d’auteur détenu par KFB. Les termes pertinents de ces licences sont les suivants (C.A., vol. I, page 101, à la page 103; page 120 à la page 122) :

#### 2.01 [TRADUCTION]

Le concédant de licence accorde au licencié l’autorisation et le droit exclusifs de produire, de reproduire et d’adapter les œuvres ou toutes partie importante de celles-ci sur le Territoire, sous quelque forme matérielle que ce soit, et d’utiliser et de représenter publiquement les œuvres en liaison avec la fabrication, la distribution ou la vente au Canada de produits de confiserie notamment du chocolat;

#### 2.02

Le licencié n’a pas le droit d’accorder une sous-licence quant aux droits qui lui ont été conférés en vertu de la présente convention ou de consentir à ce que quiconque utilise les œuvres sans avoir obtenu au préalable l’autorisation écrite du concédant de la licence; [Je souligne.]

[39] Section 2.7 [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 2] of the Act confirms that KCI's exclusive licences give it the exclusive right to produce and reproduce the protected works (section 3 [as am. by S.C. 1998, c. 65, s. 62; 1993, c. 23, s. 2; c. 44, s. 55; 1997, c. 24, s. 3] of the Act) in Canada, to the exclusion of the two copyright owners, KFB and KFS:

2.7 For the purposes of this Act, an exclusive licence is an authorization to do any act that is subject to copyright to the exclusion of all others including the copyright owner, whether the authorization is granted by the owner or an exclusive licensee claiming under the owner. [Emphasis is mine.]

[40] Euro Excellence received notification of the existence of these two exclusive licences on October 28, 2002 (A.B., Vol. I, page 142, paragraph 47, and page 226). Accordingly, since October 28, 2002, to the knowledge of Euro Excellence, KCI has been the only person in Canada authorized to produce and reproduce the works in respect of which it holds exclusive copyright licences, even as against the copyright owners, KFB and KFS.

[41] The copyright owners, KFB and KFS, have no active role in these proceedings. They appear herein only to meet the requirements of subsection 36(2) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20] of the Act.

[42] I will now address the first question.

A. By acting as it did, did Euro Excellence violate subsection 27(2) of the Act?

1. The Law

[43] Subsection 27(2) deals with secondary infringement of copyright. A defendant may in fact be deemed to have infringed copyright even if he or she has not personally produced or reproduced the protected work.

[44] Subsection 3(1) and subsections 27(1) [as am. *idem*, s. 15], (2) and (3) [as am. *idem*] of the Act read as follows:

[39] L'article 2.7 [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 2] de la Loi confirme que les licences exclusives de KCI lui donnent le droit exclusif de produire et de reproduire les œuvres protégées (article 3 [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1993, ch. 23, art. 2; ch. 44, art. 55; 1997, ch. 24, art. 3] de la Loi) sur le territoire canadien à l'exclusion des deux titulaires KFB et KFS :

2.7 Pour l'application de la présente loi, une licence exclusive est l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive, qu'elle soit accordée par le titulaire du droit d'auteur ou par une personne déjà titulaire d'une licence exclusive; l'exclusion vise tous les titulaires. [Je souligne.]

[40] Euro Excellence reçut notification de l'existence de ces licences exclusives le 28 octobre 2002 (C.A., vol. I, page 142, paragraphe 47, et page 226). Ainsi, depuis le 28 octobre 2002, à la connaissance d'Euro Excellence, KCI est devenue la seule personne au Canada qui soit autorisée à produire et reproduire les œuvres sur lesquelles elle détient des licences exclusives de droits d'auteur, même à l'encontre des titulaires KFB et KFS.

[41] Les titulaires du droit d'auteur, soit KFB et KFS, n'ont aucun rôle actif dans ces procédures. Elles n'y apparaissent que pour rencontrer les exigences du paragraphe 36(2) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20] de la Loi.

[42] J'aborde maintenant la première question.

A. Euro Excellence, en agissant comme elle l'a fait, contrevenait-elle au paragraphe 27(2) de la Loi?

1. Le droit

[43] Le paragraphe 27(2) traite de la violation du droit d'auteur à une étape ultérieure. Il peut arriver, en effet, qu'un défendeur soit réputé contrevenir à un droit d'auteur même s'il n'a pas produit ou reproduit lui-même l'œuvre protégée.

[44] Le paragraphe 3(1) ainsi que les paragraphes 27(1) [mod., *idem*, art. 15], (2) et (3) [mod., *idem*] de la Loi se lisent comme suit :

## PART I

COPYRIGHT AND MORAL RIGHTS IN  
WORKS

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

...

## PART III

INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND MORAL  
RIGHTS AND EXCEPTIONS TO INFRINGEMENT

## INFRINGEMENT OF COPYRIGHT

*General*

27. (1) It is an infringement of copyright for any person to do, without the consent of the owner of the copyright, anything that by this Act only the owner of the copyright has the right to do.

(2) It is an infringement of copyright for any person to

(a) sell or rent out,

(b) distribute to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

(c) by way of trade distribute, expose or offer for sale or rental, or exhibit in public,

(d) possess for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c), or

(e) import into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs (a) to (c),

## PARTIE I

DROIT D'AUTEUR ET DROITS MORAUX SUR  
LES ŒUVRES

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[. . .]

## PARTIE III

VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR ET DES  
DROITS MORAUX, ET CAS D'EXCEPTION

## VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR

*Règle générale*

27. (1) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

(2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

a) la vente ou la location;

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;

d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c);

e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c).

a copy of a work, sound recording or fixation of a performer's performance or of a communication signal that the person knows or should have known infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it.

(3) In determining whether there is an infringement under subsection (2) in the case of an activity referred to in any of paragraphs (2)(a) to (d) in relation to a copy that was imported in the circumstances referred to in paragraph (2)(e), it is irrelevant whether the importer knew or should have known that the importation of the copy infringed copyright. [Emphasis is mine.]

[45] We must also consider the definition of the word "infringing" in section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the Act:

## INTERPRETATION

### DEFINITIONS

2. In this Act,

...

"infringing" means

(a) in relation to a work in which copyright subsists, any copy, including any colourable imitation, made or dealt with in contravention of this Act,

...

The definition includes a copy that is imported in the circumstances set out in paragraph 27(2)(e) and section 27.1 but does not otherwise include a copy made with the consent of the owner of the copyright in the country where the copy was made; [Emphasis is mine.]

[46] The final sentence of the last paragraph of this definition clearly states that a copy of a work protected in Canada that is distributed outside Canada may be an infringing copy when it is imported into Canada. The French version is not as clear, in that it uses the expression "*reproduction*" rather than "*importation*", but the reference to paragraph 27(2)(e), which deals only with importing, gives it the same meaning as the English version. The French version, on the other hand,

(3) Lorsqu'il s'agit de décider si les actes visés aux alinéas (2)a) à d), dans les cas où ils se rapportent à un exemplaire importé dans les conditions visées à l'alinéa (2)e), constituent des violations du droit d'auteur, le fait que l'importateur savait ou aurait dû savoir que l'importation de l'exemplaire constituait une violation n'est pas pertinent. [Je souligne.]

[45] À cela il faut ajouter la définition du mot « contrefaçon », telle que prévue à l'article 2 [mod. *idem*, art. 1] de la Loi :

## DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS INTERPRÉTATIVES

### DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

« contrefaçon »

a) À l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi;

[. . .]

La présente définition exclut la reproduction—autre que celle visée par l'alinéa 27(2)e) et l'article 27.1—faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production. [Je souligne.]

[46] La dernière phrase du dernier paragraphe de cette définition indique clairement que les exemplaires d'une œuvre protégée au Canada mise en circulation à l'extérieur du Canada peuvent être contrefaisants lorsqu'ils sont importés au Canada. La version française est moins claire puisqu'elle utilise le terme « reproduction » plutôt qu'importation, mais la référence à l'alinéa 27(2)e), qui ne traite que de l'importation, rend le même sens que la version anglaise du texte. La

makes it very clear that apart from the circumstances contemplated by paragraph 27(2)(e), there is no infringement when the copy is made with the consent of the owner of the copyright in the country where the copy was made.

[47] Subsection 27(2) of the Act, in its present form, entered into force on September 1, 1997. Before it was amended, that provision had remained virtually unchanged since it was initially enacted in the *Copyright Act, 1921* [S.C. 1921, c. 24], proclaimed in force in 1924, although the subsection was differently numbered. The subsection as it appeared in the *Revised Statutes of Canada, 1985*, c. C-42, was as follows:

27. . . .

(4) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who

(a) sells or lets for hire, or by way of trade exposes or offers for sale or hire,

(b) distributes either for the purposes of trade or to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

(c) by way of trade exhibits in public, or

(d) imports for sale or hire into Canada,

any work that to the knowledge of that person infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada. [Emphasis is mine.]

[48] The 1997 amendment therefore replaced the words “any work that . . . infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada” with the words “a copy of a work . . . that . . . infringes copyright or would infringe copyright if it had been made in Canada by the person who made it” (underlining added).

[49] The addition of the words “by the person who made it” is a significant change.

[50] Before the words “by the person who made it” were added to the text, they had already been included

version française par ailleurs rend très claire l’idée que, hormis le cas visé par l’alinéa 27(2)e, il n’y a pas contrefaçon lorsque la reproduction est faite avec le consentement du titulaire du droit d’auteur dans le pays de production.

[47] Le libellé actuel du paragraphe 27(2) de la Loi est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1997. Avant cet amendement, le libellé était demeuré presque inchangé depuis son adoption initiale dans la *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur* [S.C. 1921, ch. 24], promulguée en 1924, bien que le numérotage de ce paragraphe était distinct. Le libellé antérieur publié dans les *Lois révisées du Canada (1985)*, ch. C-42, était le suivant :

27. [. . .]

(4) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d’auteur quiconque, selon le cas

a) vend ou loue, ou commercialement met ou offre en vente ou en location;

b) met en circulation, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d’auteur;

c) expose commercialement en public;

d) importe pour la vente ou la location au Canada,

une œuvre qui, à sa connaissance, viole le droit d’auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada. [Je souligne.]

[48] L’amendement de 1997 a donc fait en sorte que les mots « une œuvre qui [. . .] viole le droit d’auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada » ont été remplacés par les suivants : « exemplaire d’une œuvre [. . .] alors que [. . .] la production de l’exemplaire constitue une violation de ce droit [d’auteur], ou en constituerait une si l’exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l’a produit » (les soulignements sont ajoutés).

[49] L’ajout des mots « par la personne qui l’a produit » constitue un changement significatif.

[50] Avant l’ajout dans le texte des mots « par la personne qui l’a produit », la jurisprudence canadienne

by Canadian case law. The leading decision on this subject is *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117 (H.C.) (*Clarke*), in which Mr. Justice Spence considered the issue of copyright infringement under subsection 17(4) of the 1952 *Copyright Act*, R.S.C. 1952, c. 55, which was worded virtually identically to subsection 27(4) of the 1985 Act, reproduced above.

[51] The plaintiff in *Clarke* was the exclusive owner of the worldwide copyright in a book. The plaintiff had sold the exclusive right to publish the work in the United States to a third party, Henry Holt & Co. Inc. The defendant had purchased copies of the American edition, published by Henry Holt & Co. Inc., from an American dealer, and imported them into Canada for the purpose of selling them on the Canadian market.

[52] Mr. Justice Spence examined the British and Australian case law concerning the United Kingdom's *Copyright Act, 1911* [1 & 2 Geo. 5, c. 46] (on which the Canadian provision was modelled) as well as the *Report on Copyright* by the Royal Commission on Patents, Copyright, Trade Marks and Industrial Designs (the Ilsley Commission) (Ottawa: Queen's Printer, 1958). Relying on these authorities, Mr. Justice Spence concluded that [at page 122] "the words 'would infringe copyright if it had been made in Canada' mean when applied to the present situation, that the work would infringe copyright if it had been made within Canada by others than the plaintiff including Holt [the authorized US publisher]."

[53] In *Clarke*, Mr. Justice Spence cited with approval the following passage from the Ilsley Commission Report (taken from page 91 of the English version of the Report).

It will be noted that under our Section 27 [now section 44] the importation of copies of a work is not prohibited unless these copies if made in Canada would infringe copyright. The words "if made in Canada" must mean, we think, "if made in Canada by the person who made them". If, for example, the owner of the Canadian copyright in Canada and in country A had authorized the making of them in country A by X but had

les avait déjà inclus. La décision de principe à ce sujet est l'affaire *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117 (H.C.) (*Clarke*), où le juge Spence a examiné la violation du droit d'auteur en vertu du paragraphe 17(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1952 (S.R.C. 1952, ch. 55) dont le texte était presque semblable au paragraphe 27(4) de la *Loi* de 1985 reproduit plus haut.

[51] Le demandeur dans l'affaire *Clarke* était le propriétaire exclusif à l'échelle mondiale du droit d'auteur d'un livre. Le demandeur avait vendu à un tiers, Henry Holt & Co. Inc., le droit exclusif de publier l'œuvre aux États-Unis. Le défendeur avait acheté d'un revendeur américain des exemplaires de l'édition américaine publiée par Henry Holt & Co. Inc. et les avait importés au Canada en vue de les vendre sur le marché canadien.

[52] Le juge Spence a examiné le droit jurisprudentiel britannique et australien concernant le *Copyright Act, 1911* [1 & 2 Geo. 5, ch. 46] du Royaume-Uni (sur lequel la disposition canadienne a été modelée), ainsi que le *Rapport sur le droit d'auteur* de la Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels (la Commission Ilsley) (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1958). S'appuyant sur ces autorités, le juge Spence a conclu que [à la page 122] [TRADUCTION] « les mots "violerait le droit d'auteur si elle avait été produite au Canada" signifient lorsqu'on les applique à la présente situation que l'œuvre violerait le droit d'auteur si elle avait été produite au Canada par quiconque autre que le demandeur, notamment Holt [l'éditeur américain autorisé] ».

[53] Dans la décision *Clarke*, le juge Spence a cité avec approbation le passage suivant du Rapport de la Commission Ilsley (provenant de la page 102 du Rapport dans la version française).

On remarquera qu'aux termes de notre article 27 [l'actuel article 44], l'importation d'exemplaires d'une œuvre n'est interdite que si ces exemplaires, s'ils étaient fabriqués au Canada, violeraient le droit d'auteur. Les mots « s'ils étaient fabriqués au Canada » doivent signifier, selon nous, « s'ils étaient fabriqués au Canada par la personne qui les a fabriqués ». Si, par exemple, le titulaire du droit d'auteur

not authorized them to be made in Canada by X, the section would prohibit the importation of copies made by X into Canada by anybody after the appropriate notice was given. If anyone attempted to import such copies he might find them stopped at the border. He would not be an infringer unless his importation was for sale or hire and he knew that the work would infringe copyright if it had been made in Canada. But he nevertheless would not be able to import the copies. [Emphasis is mine.]

[54] This passage from the Ilsley Commission Report dealt with the provision relating to the remedy for importing prohibited copies (formerly section 27 and currently section 44 [as am. by S.C. 1999, c. 17, s. 119]) and not the provision concerning secondary infringement by importing (formerly subsection 17(4) and currently paragraph 27(2)(e)). In *Clarke*, however, Mr. Justice Spence extended the application of this reasoning to secondary infringement by importing.

[55] Later decisions of the courts merely applied *Clarke*. See: *Roy Export Co. Establishment v. Gauthier* (1973), 10 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.); *Godfrey, MacSkimming & Bacque Ltd. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 362 (H.C.J.); *Fly by Nite Music Co. Ltd. v. Record Warehouse Ltd.*, [1975] F.C. 386 (T.D.); *A & M Records of Canada Ltd. v. Millbank Music Corp. Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 (F.C.T.D.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. v. Librairie du Nomade Inc. et al.* (1987), 16 C.P.R. (3d) 319 (F.C.T.D.). In all these cases, in order to establish the secondary infringement of their copyright in relation to an imported product, the plaintiffs proved that they had the exclusive right to use the copyright in question in Canada and that the copies imported by the defendants had not been produced by the plaintiffs.

## 2. Application of the Law to the Facts

[56] There is no direct evidence that identifies the person who reproduced, in Europe, the protected works on the packaging of the products marketed in Canada by

canadien au Canada et dans un pays A, avait autorisé leur fabrication par X dans le pays A, mais n'avait pas autorisé leur fabrication par X au Canada, l'article interdirait à toute personne l'importation au Canada d'exemplaires fabriqués par X, après que l'avis approprié aurait été donné. Si quelqu'un tentait d'importer de tels exemplaires, il pourrait les voir arrêter à la frontière. Il ne serait pas un contrefacteur à moins que son importation ne soit pour la vente ou la location et qu'il ne sache que l'œuvre violerait le droit d'auteur si elle avait été fabriquée au Canada. Il ne serait cependant pas capable d'importer les exemplaires. [Je souligne.]

[54] Ce passage du Rapport de la Commission Ilsley traitait de la disposition qui a trait au recours pour l'importation des exemplaires défendus (l'ancien article 27 et l'actuel article 44 [mod. par L.C. 1999, ch. 17, art. 119]) et non pas la disposition concernant la violation à une étape ultérieure par l'importation (l'ancien paragraphe 17(4) et l'actuel alinéa 27(2)e)). Dans l'arrêt *Clarke*, le juge Spence a cependant étendu l'application de ce raisonnement à la violation à une étape ultérieure par l'importation.

[55] Les décisions jurisprudentielles qui ont suivi n'ont fait qu'appliquer l'affaire *Clarke*. Voir : *Roy Export Co. Establishment c. Gauthier*, [1973] A.C.F. n° 401, (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Godfrey, MacSkimming & Bacque Ltd. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1973), 1 O.R. (2d) 362 (H. C. J.); *Fly by Nite Music Co. Ltd. c. Record Warehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *A & M Records of Canada Ltd. v. Millbank Music Corp. Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 354 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dictionnaires (Les) Robert Canada SCC et al. c. Librairie du Nomade Inc. et al.*, [1987] A.C.F. n° 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL). Dans toutes ces causes, pour établir la violation de son droit d'auteur à une étape ultérieure concernant un produit importé, les demandeurs ont prouvé qu'ils avaient le droit exclusif d'employer au Canada le droit d'auteur en question et que les exemplaires importés par les défendeurs n'avaient pas été produits par les demandeurs.

## 2. Application du droit aux faits

[56] Il n'y a aucune preuve directe identifiant la personne qui a reproduit en Europe les œuvres protégées sur les emballages des produits mis sur le marché

Euro Excellence. The trial Judge undoubtedly inferred from the facts before him that those copies of the protected works had been produced in Europe under a licence other than KCI's, because absent evidence to the contrary KCI is presumed not to have overstepped the limits of its licence. Accordingly, this reproduction, which was apparently done in Europe by KFB and KFS or under licences granted by them, does not violate the Act, in light of the terms of the last paragraph of the definition of "infringing" (*contrefaçon*) in section 2 of the Act:

2. . . .

The definition . . . does not otherwise include a copy made with the consent of the owner of the copyright in the country where the copy was made; [Emphasis is mine.]

[57] However, the importing of the protected works for the purpose of sale, etc., in the circumstances described in paragraph 27(2)(e) of the Act, is a secondary infringement, for the reasons that follow.

[58] In *CCH*, paragraph 81, the Supreme Court of Canada quoted Mr. Justice Rothstein of this Court with approval (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2002] 4 F.C. 213 (F.C.A.), at paragraph 271) and said that three elements must generally be proven to ground a claim for secondary infringement: (1) that there has first been a primary infringement of copyright; (2) that the secondary infringer must have known or should have known that he or she was dealing with a product of primary infringement; and (3) that the infringer did something listed in subsection 27(2) of the Act. The Supreme Court of Canada added, at paragraph 82: "Absent primary infringement, there can be no secondary infringement."

[59] However, primary infringement of copyright need not be proven in the case of paragraph 27(2)(e) of the Act. In the case of a copy that has been imported in the circumstances contemplated in paragraph 27(2)(e), the final paragraph of the definition of "infringing" (*contrefaçon*) in section 2 of the Act recognizes that infringement has occurred:

canadien par Euro Excellence. Sans doute le premier juge a-t-il inféré des faits qui étaient devant lui que ces exemplaires des œuvres protégées avaient été produits en Europe en vertu d'une licence qui n'était pas celle de KCI puisqu'en l'absence de preuve contraire, KCI est présumée ne pas avoir outrepassé les limites de sa licence. Il s'ensuit que cette reproduction, faite vraisemblablement en Europe par KFB et KFS ou sous licences autorisées par elles, n'enfreint pas la Loi, vu les termes du dernier paragraphe de la définition de « contrefaçon » (*infringing*) à l'article 2 de la Loi :

2. [ . . . ]

La présente définition exclut la reproduction [ . . . ] faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production. [Je souligne.]

[57] L'importation des œuvres protégées en vue de la vente, etc., dans les circonstances décrites à l'alinéa 27(2)(e) de la Loi, constitue cependant une violation à une étape ultérieure, pour les raisons qui suivent.

[58] Dans l'affaire *CCH*, paragraphe 81, la Cour suprême du Canada, citant avec approbation le juge Rothstein de notre Cour (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2002] 4 C.F. 213 (C.A.F.), au paragraphe 271), affirmait que trois éléments étaient en général requis pour prouver la violation à une étape ultérieure : 1) qu'il y ait d'abord une violation initiale du droit d'auteur; 2) que l'auteur de la violation à une étape ultérieure sache ou aurait dû savoir qu'il utilisait le produit d'une violation initiale du droit d'auteur; 3) et que cet auteur ait posé un des actes contenus dans l'énumération du paragraphe 27(2) de la Loi. La Cour suprême du Canada ajoutait, au paragraphe 82 « [v]u l'absence de violation initiale, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure ».

[59] La preuve d'une violation initiale du droit d'auteur n'est cependant pas requise dans le cas de l'alinéa 27(2)(e) de la Loi. Dans le cas d'un exemplaire importé dans les circonstances visées par l'alinéa 27(2)(e), la Loi reconnaît en effet, au dernier paragraphe de la définition de « contrefaçon » (*"infringing"*) à l'article 2 de la Loi, l'existence de la contrefaçon :

2. . . .

The definition includes a copy that is imported in the circumstances set out in paragraph 27(2)(e) . . . . [Emphasis is mine.]

[60] That being said, in the case of a product that is imported in the circumstances contemplated in paragraph 27(2)(e) of the Act, subsection 27(2) itself provides that secondary infringement occurs when any of the things referred to in paragraphs 27(2)(a) to (c) is done, when the production or reproduction of the work in question would be an infringement if the copy had been made in Canada by the person who made it. Accordingly, reproductions of protected works that are made outside Canada, even by the copyright holders KFB and KFS, may not be imported into Canada by Euro Excellence for the purpose of doing anything referred to in paragraphs 27(2)(a) to (c), without there being a secondary infringement of KCI's copyright, because KCI has an exclusive right of reproduction for Canada, even as against KFB and KFS, and Euro Excellence knew that KCI's exclusive rights in the two works had been registered for Canada.

[61] There has therefore been secondary infringement of KCI's copyright by Euro Excellence.

[62] I will now address the second question.

**B. If so, should a determination of the profits be made, as the trial Judge did?**

[63] Subsection 35(1) of the Act provides:

**35. (1)** Where a person infringes copyright, the person is liable to pay such damages to the owner of the copyright as the owner has suffered due to the infringement and, in addition to those damages, such part of the profits that the infringer has made from the infringement and that were not taken into account in calculating the damages as the court considers just. [Emphasis is mine.]

[64] At paragraph 67 of his reasons, the trial Judge fixed the profits derived from the infringement in the amount of \$300,000. He characterized that sum as damages. The trial Judge explained his reasoning as follows:

2. [. . .]

La présente définition exclut la reproduction—autre que celle visée par l'alinéa 27(2)e) [. . .] [Je souligne.]

[60] Ceci dit, de par les termes mêmes du paragraphe 27(2) de la Loi, dans le cas d'un produit importé dans les conditions visées à l'alinéa 27(2)e), il y a violation du droit d'auteur à une étape ultérieure dans l'accomplissement des actes énumérés aux alinéas 27(2)a) à c), quand la production ou la reproduction de l'œuvre en question constituerait une violation si elle avait été produite au Canada par la personne qui l'a produite. Ainsi, les reproductions des œuvres protégées faites hors du Canada, même par les titulaires des droits d'auteur KFB et KFS, ne peuvent être importées au Canada par Euro Excellence en vue de l'un ou l'autre des actes énumérés aux alinéas 27(2)a) à c), sans qu'il y ait violation du droit d'auteur de KCI à une étape ultérieure, puisque KCI détient un droit exclusif de reproduction pour le Canada, même à l'égard de KFB et de KFS, et qu'Euro Excellence connaissait l'enregistrement pour le Canada des licences exclusives de KCI sur les deux œuvres.

[61] Il y a donc eu violation à une étape ultérieure du droit d'auteur de KCI par Euro Excellence.

[62] J'aborde maintenant la seconde question.

**B. Dans l'affirmative, y a-t-il lieu au prononcé d'une détermination des profits, comme l'a fait le premier juge?**

[63] Le paragraphe 35(1) de la Loi dispose :

**35. (1)** Quiconque viole le droit d'auteur est passible de payer, au titulaire du droit qui a été violé, des dommages-intérêts et, en sus, la proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits qu'il a réalisés en commettant cette violation et qui n'ont pas été pris en compte pour la fixation des dommages-intérêts. [Je souligne.]

[64] Le premier juge, au paragraphe 67 de ses motifs, a fixé à la somme de 300 000 \$ les profits qui originent de la contrefaçon. Il qualifie cette somme de dommages-intérêts. Le premier juge a expliqué son raisonnement de la façon suivante :

Euro Excellence's gross sales were provided subject to a confidentiality order, and the parties agreed that should damages be awarded they should be within an agreed percentage range of the gross sales. With that in mind, I fix Kraft Canada Inc.'s damages in the amount of \$300,000.

[65] The appellant argued that the trial Judge erred in his application of the principles relating to the delivery up of profits. In the appellant's submission, the parties agreed and the appellant admitted, at the hearing, that the appellant's profit margin on the sale of the products at issue was about 25 percent. Accordingly, the appellant submits, the trial Judge's finding that the appellant was liable for about 42 percent of the profits attributable to the sale of the Toblerone and Côte d'Or products was totally arbitrary.

[66] The appellant further argued that the trial Judge failed to deduct the costs it had incurred, in particular the costs associated with the labelling machine (A.B., Vol. II, tab 21, page 236, paragraph 38, and pages 352-354).

[67] The respondents submit, at paragraph 123 of their memorandum:

123. In the instant case, however, it was expressly agreed by both parties at the hearing of the Application that the benefit derived by Euro Excellence from its infringement fell within an agreed-upon range of between 10% and 25% of gross revenues. During the relevant period (October 28, 2002 to May 3, 2004), those gross revenues were no less than \$2.8 million.

[68] The record shows nothing to indicate how the respondents can say that during the relevant period, from October 28, 2002, to May 3, 2004, "those gross revenues were no less than \$2.8 million." Moreover, what the appellant is talking about is its profit margin on the products at issue.

[69] Given that the record is less than satisfactory on this point, and in the interest of justice, I have no choice but to refer the matter back to the trial Judge so that he can clarify the parties' submissions and redetermine the

Les ventes brutes d'Euro Excellence ont été divulguées dans le cadre d'une ordonnance de confidentialité et les parties ont convenu que si des dommages-intérêts étaient accordés, ceux-ci devraient être de l'ordre d'un pourcentage convenu des ventes brutes. Ayant cela à l'esprit, je fixe les dommages-intérêts dus à Kraft Canada Inc. à 300 000 \$.

[65] L'appelante soutient que le premier juge a fait une application erronée et non justifiée des principes en matière de remise des profits. Selon elle, les parties se sont entendues et l'appelante a admis, lors de l'audience, que la marge bénéficiaire de l'appelante sur la vente des produits en litige est de l'ordre de 25 pour cent. C'est donc, dit-elle, de manière totalement arbitraire que le premier juge a retenu la responsabilité de l'appelante à environ 42 pour cent des profits attribuables à la vente des produits Toblerone et Côte d'Or.

[66] L'appelante prétend de plus que le premier juge a omis de déduire les coûts encourus par elle, notamment ceux relatifs à la machine à étiqueter (C.A., vol. II, onglet 21, page 236, paragraphe 38 et pages 352 à 354).

[67] Les intimées soumettent pour leur part, au paragraphe 123 de leur mémoire :

[TRADUCTION]

123. Toutefois, en l'espèce, les parties ont expressément convenu à l'audience de la demande que le montant des bénéfices retirés par Euro Excellence par suite de sa violation équivalait à un montant se situant entre 10 et 25 p. 100 des recettes brutes. Au cours de la période pertinente (du 28 octobre 2002 au 3 mai 2004), les recettes brutes s'élevaient au moins à 2,8 millions de dollars.

[68] Le dossier ne nous indique pas comment les intimées peuvent affirmer que durant la période pertinente du 28 octobre 2002 au 3 mai 2004, [TRADUCTION] « les recettes brutes s'élevaient au moins à 2,8 millions de dollars ». Par ailleurs, ce dont parle l'appelante est de sa marge bénéficiaire sur la vente des produits en litige.

[69] Devant le caractère peu satisfaisant du dossier à cet égard, et dans l'intérêt de la justice, je n'ai d'autre choix que celui de retourner le dossier au premier juge pour qu'il puisse clarifier les représentations des parties

profits derived from the infringement. I also direct that the interest be reviewed, so that this matter can be considered in its entirety.

#### V. THE CROSS-APPEAL

[70] KCI seeks an order of the Court prohibiting Euro Excellence from possessing the products at issue or importing them into Canada for the purpose of doing anything referred to in paragraphs 27(2)(a) to (c) of the Act.

[71] The trial Judge did not refer to that request, although it was set out in the application for the injunction (A.B., Vol. I, page 37, at page 39). He dismissed a motion to that effect made by KCI after judgment was pronounced (*Kraft Canada Inc. v. Euro Excellence Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th) 242 (F.C.), at paragraphs 1-5). He explained his decision as follows, at paragraphs 1 and 4 of his reasons:

Since s. 27(2) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, L.C. C-42, declares that it is an infringement of copyright for a person to possess or to import into Canada copyrighted works for those purposes, Kraft submits that I inadvertently omitted to include possessing and importation in the order. That is not the case. I deliberately excluded possession and importation from the order.

...

It is not contrary to the *Copyright Act* to import into Canada and to possess Toblerone and Côte d'Or chocolate bars in wrappers which display the copyrighted artistic works. What is important is the purpose for which they are imported and possessed. A traveller who brings a Toblerone or Côte d'Or chocolate bar into Canada, eats it here, and discards the wrapper is not in violation of the Act. I did not intend to prohibit Euro Excellence from importing and possessing the chocolate bars in their original wrappers. I certainly did not say that the wrappers had to be rendered non-infringing in Europe. As long as Euro Excellence renders the wrappers non-infringing, whether it does so in Canada or elsewhere, before it sells, distributes, exposes or offers for sale the product in question, it will not be in violation of s. 27(2) of the *Copyright Act*.

[72] At the hearing in this Court, KCI conceded that

et qu'il adjuge de nouveau sur les bénéfices dérivant de la contrefaçon. À cela j'ajoute la révision des intérêts, de façon à ce que ce sujet puisse être considéré dans son ensemble.

#### V. L'APPEL INCIDENT

[70] KCI sollicite une ordonnance de la Cour défendant à Euro Excellence de posséder ou d'importer les produits en cause au Canada en vue de l'accomplissement de l'un ou l'autre des actes prévus aux alinéas 27(2)a) à c) de la Loi.

[71] Le premier juge ne fit pas écho à ces demandes qui étaient pourtant contenues dans la demande d'injonction (C.A., vol. I, page 37, à la page 39). Il rejeta une requête à cet effet présentée par KCI après le prononcé du jugement (*Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, 2004 CF 832, aux paragraphes 1 à 5). Il s'expliqua ainsi aux paragraphes 1 et 4 de ses motifs :

Étant donné que le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* stipule que la possession ou l'importation au Canada d'œuvres protégées à ces fins constitue une violation du droit d'auteur, Kraft soutient que j'ai omis par inadvertance d'inclure possession et importation dans l'ordonnance. Ce n'est pas le cas. J'ai délibérément exclus les termes possession et importation dans l'ordonnance.

[...]

Il n'est pas contraire à la *Loi sur le droit d'auteur* d'importer au Canada et de posséder des tablettes de chocolat Toblerone et Côte d'Or dans des emballages affichant les œuvres protégées. Ce qui importe, c'est de déterminer dans quel but elles sont importées et possédées. Un voyageur qui apporte une tablette de chocolat Toblerone ou Côte d'Or au Canada, la consomme ici, et jette l'emballage n'est pas en violation de la loi. Je n'avais pas l'intention d'interdire à Euro Excellence d'importer et de posséder les tablettes de chocolat dans leur emballage original. Je n'ai certainement pas mentionné qu'il fallait corriger le problème de la contrefaçon des emballages en Europe. Pourvu qu'Euro Excellence fasse en sorte que les emballages ne constituent pas des contrefaçons, que ce soit au Canada ou ailleurs, avant de vendre, mettre en circulation, exposer ou offrir en vente le produit en question, elle ne se trouvera pas à violer le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[72] Lors de l'audition devant nous, KCI a concédé

it is not necessary to prohibit the acts set out in paragraphs 27(2)(d) and (e), given that the trial Judge granted the injunction in respect of the acts set out in paragraphs 27(2)(a), (b) and (c). Accordingly, because Euro Excellence may not sell, distribute or offer the protected works for sale, Euro Excellence may also not possess or import them for the purpose of selling, distributing or offering them for sale.

[73] The relief sought in the cross-appeal is therefore superfluous. The cross-appeal should be dismissed.

## VI. CONCLUSION

[74] I would dismiss the appeal in respect of paragraphs 1, 2 and 6 of the judgment of the Trial Judge. I would allow the appeal in respect of paragraphs 3, 4 and 5, set aside the decision of the trial Judge in respect of those paragraphs, and refer the matter back to him for redetermination in respect of those paragraphs in light of the reasons set out above.

[75] I would dismiss the cross-appeal.

[76] I would not award costs, given the divided success.

NOËL J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

que l'ajout des interdictions contenues aux alinéas 27(2)d) et e) n'est pas nécessaire vu que le premier juge a prononcé l'injonction à l'égard de l'accomplissement des actes prévus aux alinéas 27(2)a), b) et c). Ainsi, puisqu'Euro Excellence ne peut ni vendre, ni mettre en circulation, ni offrir en vente les produits protégés, Euro Excellence ne peut non plus les posséder ou les importer en vue de les vendre, les mettre en circulation, ou les offrir en vente.

[73] Les demandes contenues dans l'appel incident sont donc superflues. L'appel incident devrait être rejeté.

## VI. CONCLUSION

[74] Je rejetterais l'appel à l'égard des paragraphes 1, 2 et 6 du jugement prononcé par le premier juge. J'accueillerais l'appel à l'égard des paragraphes 3, 4 et 5, j'infirmerais la décision du premier juge à leur sujet et je lui retournerais le dossier pour une nouvelle détermination de ces paragraphes à la lumière des motifs exprimés plus haut.

[75] Je rejetterais l'appel incident.

[76] Je n'accorderais pas de dépens vu le succès partagé.

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

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

A-151-05  
2005 FCA 406

A-151-05  
2005 CAF 406

**Ahmed Salem Azizi** (*Appellant*) (*Applicant*)

**Ahmed Salem Azizi** (*appelant*) (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*) (*Respondent*)

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

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Rothstein and Pelletier  
J.J.A.—Winnipeg, October 20; Ottawa, December 5,  
2005.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Rothstein et  
Pelletier, J.C.A.—Winnipeg, 20 octobre; Ottawa, 5  
décembre 2005.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision upholding Immigration Appeal Division's (IAD) decision visa officer correct to hold appellant's dependants not members of family class — Appellant entering Canada as Convention refugee in 2001, not mentioning dependants in permanent residence application — Applying two years later to sponsor dependants — Visa officer holding that pursuant to Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d), dependants not members of family class as they were not examined at time of appellant's application for permanent residence — F.C. certifying question of law re: whether s. 117(9)(d) excluding Convention refugees seeking admission as members of family class of permanent resident who failed to declare them as non-accompanying family members — Appeal dismissed — Regulations, s. 117(9)(d) referring to foreign nationals (which includes refugees), implicitly requiring disclosure of non-accompanying family members because dealing with examination of family members and such examination impossible without disclosure — Regulations, s. 141(1), dealing specifically with disclosure and refugees, not detracting from disclosure obligation — In light of required assessment of potential for durable solution by visa officer under Regulations, s. 139(1)(d), information about non-accompanying dependants relevant to permanent residence application as refugee under Act — Objectives of Act including integrity of Canadian refugee protection system, not only family reunification, best interests of children — Other ways to apply to enter Canada than as members of family class open to dependants — Family class option not available as result of appellant's own misrepresentations — Regulations, s. 117(9)(d) not ultra vires objectives of Immigration and Refugee Protection Act — Act, s. 12(1) enumerating who may be selected to be member of family class, not providing definition of family class — Act, s. 14(1), authorizing Governor in Council to regulate who may not be considered member of family class for sponsorship purposes.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel d'une décision de la Cour fédérale confirmant la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) selon laquelle l'agent des visas avait raison de conclure que les personnes à charge de l'appellant n'appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial — L'appellant est arrivé au Canada en 2001 à titre de réfugié au sens de la Convention, mais il n'a pas mentionné les personnes à sa charge dans sa demande de résidence permanente — Il a fait une demande deux ans plus tard pour parrainer les personnes à sa charge — L'agent des visas a décidé que, suivant l'art. 117(9)d du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, les personnes à charge n'appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial étant donné qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'un contrôle au moment de la demande de résidence permanente de l'appellant — La C.F. a certifié la question de droit suivante : l'art. 117(9)d exclut-il les réfugiés au sens de la Convention cherchant à être admis à titre de membres de la catégorie du regroupement familial d'un résident permanent n'ayant pas déclaré leur existence à titre de membres de la famille ne l'accompagnant pas? — Appel rejeté — L'art. 117(9)d du Règlement, qui se rapporte aux étrangers (ce qui comprend les réfugiés), exige implicitement la divulgation de l'existence de membres de la famille n'accompagnant pas le réfugié puisqu'il traite du contrôle des membres de la famille et qu'un tel contrôle est impossible sans divulgation — L'art. 141(1) du Règlement, qui porte explicitement sur la divulgation et les réfugiés ne limite pas l'obligation de divulgation — Vu que, suivant l'art. 139(1)d du Règlement, l'agent des visas doit être en mesure d'évaluer la possibilité d'une solution durable, les renseignements au sujet des personnes à charge sont pertinents pour une demande de résidence permanente présentée à titre de réfugié au sens de la Convention — La Loi vise non seulement la réunification des familles et l'intérêt supérieur des enfants, mais aussi le maintien de l'intégrité du processus canadien d'asile — Pour être admis au Canada, les*

*personnes à charge peuvent invoquer d'autres motifs que le fait d'être membres de la catégorie du regroupement familial — C'est en raison des fausses déclarations de l'appelant que les personnes à sa charge ne pouvaient appartenir à la catégorie du regroupement familial — L'art. 117(9)d n'est pas ultra vires pour incompatibilité avec l'objet de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'art. 12(1) de la Loi ne définit pas la catégorie du regroupement familial; il énumère ceux qui peuvent être sélectionnés pour faire partie de cette catégorie — L'art. 14(1) de la Loi autorise le gouverneur en conseil à prévoir, par règlement, quelle personne pourrait ne pas être considérée comme un membre de la catégorie du regroupement familial pour fins de parrainage.*

*Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) unintentionally excluding certain groups from family class — Appellant, relying on this oversight, arguing Regulations, s. 117(9)(d) only applying when non-accompanying family members required by law to be examined and were not — Since at time of appellant's permanent residence application in 2001, no requirement to examine non-accompanying family members, submitting Regulations, s. 117(9)(d) not applicable to his dependants — Oversight in Regulations, s. 117(9)(d) remedied by ss. 117(10), (11) — S. 117(10) providing non-accompanying family members not excluded from family class if visa officer determining family members not required by law to be examined — Ss. 117(10), (11) contemplating has been disclosure of non-accompanying family members as disclosure necessary for visa officer to decide whether s. 117(9)(d) applicable — S. 117(9)(d) implicitly requiring disclosure as dealing with examination of family members and such examination impossible without disclosure — Explicit reference to disclosure in subsection 141(1), dealing specifically with situation of refugees, not detracting from implicit disclosure obligation in s. 117(9)(d) as that paragraph referring to foreign nationals, which includes refugees.*

*Interprétation des lois — L'art. 117(9)d du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés exclut involontairement certains groupes de la catégorie du regroupement familial — S'appuyant sur cet oubli, l'appelant prétendait que l'art. 117(9)d du Règlement ne devrait s'appliquer que dans les cas où les membres de la famille du réfugié n'accompagnant pas ce dernier sont tenus par la loi de faire l'objet d'un contrôle et ne l'ont pas fait. Étant donné que, en 2001, lorsque l'appelant a présenté sa demande de résidence permanente, il n'était pas obligatoire de soumettre à un contrôle les membres de sa famille qui ne l'accompagnaient pas, il a soutenu que l'art. 117(9)d ne devait pas s'appliquer aux personnes à sa charge — Pour parer à l'oubli de l'art. 117(9)d, le Règlement a été modifié par l'ajout des art. 117(10) et (11) — L'art. 117(10) prévoit que les membres de la famille n'accompagnant pas le réfugié ne sont pas exclus de la catégorie du regroupement familial si un agent des visas a décidé que la loi n'exigeait pas que ces personnes fassent l'objet d'un contrôle — Les art. 117(10) et (11) supposent qu'il y a eu divulgation de l'existence des membres de la famille n'accompagnant pas le réfugié car, sans cette divulgation, l'agent des visas ne pourrait décider si oui ou non l'art. 117(9)d s'applique — La divulgation est implicitement exigée par l'art. 117(9)d puisqu'il traite du contrôle des membres de la famille et qu'à l'évidence, ceux-ci ne peuvent pas faire l'objet d'un tel contrôle si leur existence n'a pas été divulguée — La référence explicite à la divulgation qui est faite à l'art. 141(1), lequel porte explicitement sur la situation des réfugiés, ne limite pas l'obligation de divulgation implicite dont il est question à l'art. 117(9)d étant donné que cet article s'applique aux étrangers, ce qui inclut les réfugiés.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Application to sponsor wife, daughters denied — Appellant arguing state causing him high level of psychological stress by preventing reunification with family, thus adversely affecting security of person contrary to Charter, s. 7 — Government only accountable for deprivation resulting from state action — Much of appellant's psychological stress resulting from own decisions to leave*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande de parrainage de l'épouse et des filles de l'appelant rejetée — L'appelant soutenait que l'État lui a causé un stress psychologique élevé en empêchant la réunification avec sa famille, ce qui a compromis la sécurité de sa personne contrairement à l'art. 7 de la Charte — Le gouvernement est seulement tenu de rendre compte d'une atteinte qui découle des actes de l'État — Une bonne partie*

*family, make misrepresentations to authorities — Insufficient causal connection between state action, appellant's stress to justify finding of deprivation of security of person by state.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appellant arguing Immigration and Refugee Protection Act, s. 117(9)(d) violating Charter, s. 15 — Arguments not addressing comparator group, enumerated or analogous ground of discrimination on which relies — Differential treatment, if any, resulting from appellant's misrepresentation, not state action.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court upholding an Immigration Appeal Division (IAD) decision that the visa officer correctly decided that the appellant's wife and two children were not members of the family class pursuant to paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, which provides that a person will not be considered to be a member of the family class if that person was not examined at the time of the sponsor's application for permanent residence.

The appellant entered Canada in 2001 as a Convention refugee seeking resettlement. His application for permanent residence represented that he was never married. His record of landing made no mention of his wife and children. Two years later, the appellant applied to sponsor his wife and children. They were found not to be members of the family class and thus not eligible for sponsorship because at the time the appellant applied for permanent residence, they were non-accompanying family members and were not examined.

The Federal Court certified a question of law: whether paragraph 117(9)(d) of the Regulations applies to exclude Convention refugees (abroad or seeking resettlement) as members of the family class by virtue of their relationship to a sponsor who failed to declare them as non-accompanying family members when he or she became a permanent resident.

*Held*, the appeal should be dismissed and the certified question answered in the affirmative.

The appellant, relying on the Minister's acknowledgment that paragraph 117(9)(d) unintentionally excluded certain

*du stress psychologique de l'appelant résultait de sa propre décision de quitter sa famille et de faire de fausses déclarations aux autorités — Le lien de causalité entre les actes de l'État et le stress de l'appelant était insuffisant pour justifier une conclusion d'atteinte à la sécurité de la personne par l'État.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'appelant prétendait que l'art. 117(9)d du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés violait l'art. 15 de la Charte — Les arguments ne portaient pas sur un groupe de comparaison ou sur un motif énuméré ou analogue de discrimination — Le traitement différent dont il a pu faire l'objet était la conséquence de ses fausses déclarations, et non des actes de l'État.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale confirmant une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) selon laquelle l'agent des visas avait eu raison de conclure que la femme et les deux enfants de l'appelant n'appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial du fait de l'application de l'alinéa 117(9)d du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui prévoit que ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial les personnes n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle à l'époque où leur répondant a présenté une demande de résidence permanente.

L'appelant est arrivé au Canada en 2001 à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller. Dans sa demande de résidence permanente, il a déclaré n'avoir jamais été marié. Sa fiche relative au droit d'établissement ne mentionnait pas qu'il avait une femme et des enfants. Deux ans plus tard, l'appelant a présenté une demande en vue de parrainer sa femme et ses enfants. Ceux-ci ont été jugés comme n'appartenant pas à la catégorie du regroupement familial et, par conséquent, non admissibles au parrainage car, à l'époque où l'appelant avait demandé la résidence permanente, ils étaient des membres de la famille n'accompagnant pas le répondant et n'avaient pas fait l'objet d'un contrôle.

La Cour fédérale a certifié une question de droit : l'alinéa 117(9)d) du Règlement a-t-il pour effet d'exclure de la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les réfugiés au sens de la Convention (qui se trouvent à l'étranger et ceux qui cherchent à se réinstaller) si le répondant a, au moment où il a obtenu la résidence permanente, omis de les déclarer en tant que membres de sa famille ne l'accompagnant pas?

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté et la question certifiée doit recevoir une réponse affirmative.

S'appuyant sur l'admission du ministre selon laquelle l'alinéa 117(9)d) excluait involontairement certains groupes

groups from the family class, argued that this paragraph should only apply when non-accompanying family members are required by law to be examined and were not. Since at the time of his application in February 2001 for permanent residence in Canada as a resettled refugee, there was no requirement to examine non-accompanying family members, the appellant argued that paragraph 117(9)(d) did not apply to his dependants. The oversight in paragraph 117(9)(d) was remedied by the addition of subsections 117(10) and (11). Subsection 117(10) provides that paragraph 117(9)(d) does not apply to a foreign national referred to in that paragraph who was not examined because a visa officer determined that they were not required by law to be examined. Subsection 117(11) is an exception to 117(10). The appellant was of the view that 117(10) did not go far enough because it interposes a discretion on the visa officer to determine whether a foreign national needs to be examined as a matter of law when there is never, at law, a need to examine a non-accompanying family member in the case of a Convention refugee applicant, and argued that paragraph 117(9)(d) should be interpreted as applying only when a non-accompanying family member is required to be examined. This argument was rejected. Paragraphs 117(10) and (11) contemplate that there has been disclosure of non-accompanying family members, or else the visa officer would not be able to decide whether or not paragraph 117(9)(d) applies. That paragraph implicitly requires disclosure because it deals with the examination of family members and such an examination is impossible without disclosure. The explicit reference to disclosure in subsection 141(1), which deals with the situation of refugees, does not detract from the implicit disclosure obligation in paragraph 117(9)(d). Subsection 117(9) refers to foreign nationals, which includes refugees.

Under paragraph 139(1)(d) of the Regulations, the visa officer must be able to assess the potential of a durable solution outside Canada when assessing a refugee applicant's claim for permanent residence in Canada, whether or not the applicant's dependants are accompanying him or her. For this reason, information about non-accompanying dependants is relevant to a permanent residence application as a refugee under the Act.

Paragraph 117(9)(d) is not *ultra vires* for being inconsistent with an objective of the Act. While family reunification and the best interests of children are to be considered, another objective of the Act is the maintenance of

de la catégorie de la famille, l'appelant a prétendu que cet alinéa ne devrait s'appliquer que dans les cas où les membres de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier sont tenus par la loi de faire l'objet d'un contrôle et ne l'ont pas fait. Étant donné que, en février 2001, lorsque l'appelant a présenté sa demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié cherchant à se réinstaller, il n'était pas obligatoire de soumettre à un contrôle les membres de sa famille qui ne l'accompagnaient pas, l'appelant a soutenu que l'alinéa 117(9)d) ne s'appliquait pas aux personnes à sa charge. Pour parer à l'oubli de l'alinéa 117(9)d), le Règlement a été modifié par l'ajout des paragraphes 117(10) et (11). Le paragraphe 117(10) prévoit que l'alinéa 117(9)d) ne s'applique pas à l'étranger qui y est visé et qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle parce qu'un agent des visas a décidé que le contrôle n'était pas exigé par la loi. Le paragraphe 117(11) est une exception au paragraphe 117(10). Selon l'appelant, le paragraphe 117(10) n'allait pas assez loin, car il conférerait à l'agent des visas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il était nécessaire de soumettre un étranger à un contrôle alors qu'il n'est jamais nécessaire en droit de soumettre à une telle mesure un membre de la famille n'accompagnant pas un demandeur du statut de réfugié. L'appelant a considéré que l'alinéa 117(9)d) ne s'applique que dans les cas où un membre de la famille n'accompagnant pas le demandeur est tenu de faire l'objet d'un contrôle. Cet argument a été rejeté. Le paragraphe 117(11), à l'instar du paragraphe 117(10), suppose qu'il y a eu divulgation de l'existence des membres de la famille n'accompagnant pas le demandeur car, sans cette divulgation, l'agent des visas ne pourrait décider si oui ou non l'alinéa 117(9)d) s'applique. La divulgation est implicitement exigée par l'alinéa 117(9)d) puisqu'il traite du contrôle des membres de la famille et qu'un tel contrôle est impossible sans divulgation. La référence explicite à la divulgation qui est faite au paragraphe 141(1), lequel porte explicitement sur la situation des réfugiés, ne limite pas l'obligation de divulgation implicite dont il est question à l'alinéa 117(9)d). Le paragraphe 117(9) s'applique aux étrangers, ce qui inclut les réfugiés.

Suivant l'alinéa 139(1)d) du Règlement, l'agent des visas doit être en mesure d'évaluer la possibilité d'une solution durable à l'extérieur du Canada lorsqu'il examine la demande de résidence permanente au Canada d'un demandeur du statut de réfugié, que les personnes à charge du demandeur accompagnent ce dernier ou non. C'est la raison pour laquelle les renseignements au sujet des personnes à charge sont pertinents pour une demande de résidence permanente présentée à titre de réfugié au sens de la Convention.

L'alinéa 117(9)d) n'est pas *ultra vires* pour incompatibilité avec l'objet de la Loi. Bien que la réunification des familles et l'intérêt supérieur des enfants doivent être pris en considération, la Loi a aussi pour objet de maintenir l'intégrité

the integrity of the Canadian refugee protection system. Paragraph 117(9)(d) does not bar family reunification. That the appellant's dependants could not be admitted as members of the family class was a result of his own misrepresentation. There are other ways for the appellant's dependants to seek admission to Canada. The appellant also argued that because subsection 12(1) of the Act defines the family class, the Regulations cannot alter that definition. Again, this argument was rejected. Subsection 12(1) does not define the family class. It enumerates who may be selected to be a member of the family class. Subsection 14(1) of the Act, which sets out the permitted scope of the regulations, is broad enough to authorize the Governor in Council to provide, by regulation, who may not be considered a member of the family class for purposes of sponsorship.

Section 7 of the Charter was not engaged. Although the appellant may have suffered psychological stress by the separation from his wife and children, there was not a sufficient causal connection between that stress and state action that justified a finding of deprivation of security of the person by the state. As to the appellant's allegation that he had been discriminated against contrary to section 15 of the Charter, any differential treatment was a consequence of his misrepresentation, not as a consequence of a government action.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(3), 12(4).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(1) "foreign national", 12(1), 14(1), 16(1), 25, 63(1).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 117(9) (as am. by SOR/2004-167, s. 41), (10), (as am. *idem*), (11) (as am. *idem*), 139(1)(d), 141(1) (as am. *idem*, s. 80(F)).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REFERRED TO:

*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d

du processus canadien d'asile. L'alinéa 117(9)d) n'interdit pas la réunification des familles. Les personnes à charge de l'appelant ne pouvaient être admises à titre de membres de la catégorie du regroupement familial en raison des fausses déclarations de ce dernier. D'autres moyens s'offrent aux personnes à charge de l'appelant pour être admis au Canada. L'appelant a aussi soutenu que, puisque le paragraphe 12(1) de la Loi définit la catégorie du regroupement familial, il s'ensuit que le Règlement ne peut modifier cette définition. Encore une fois, cet argument a été rejeté. Le paragraphe 12(1) ne définit pas la catégorie du regroupement familial. Il énumère ceux qui peuvent être sélectionnés pour faire partie de la catégorie du regroupement familial. Le paragraphe 14(1) de la Loi, qui délimite la portée du Règlement, a une portée suffisamment large pour autoriser le gouverneur en conseil à prévoir, par règlement, quelle personne ne peut pas être considérée comme un membre de la catégorie du regroupement familial pour fins de parrainage.

L'article 7 de la Charte n'était pas en cause. Même si la séparation d'avec sa femme et ses enfants a pu causer un stress psychologique à l'appelant, le lien de causalité entre les actes de l'État et le stress de ce dernier n'était pas suffisant pour justifier une conclusion d'atteinte, par l'État, à la sécurité de la personne. En ce qui concerne l'allégation de l'appelant selon laquelle il a subi de la discrimination contrairement à l'article 15 de la Charte, le traitement différent dont il a pu faire l'objet était la conséquence de ses fausses déclarations, et non d'une mesure gouvernementale.

#### 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, 15.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(3), 12(4).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(1) «étranger», 12(1), 14(1), 16(1), 25, 63(1).

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(9) (mod. par DORS/2004-167, art. 41), (10) (mod., *idem*), (11) (mod., *idem*), 139(1)d), 141(1) (mod., *idem*, art. 80(F)).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION CITÉE:

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44.

175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2005), 131 C.R.R. (2d) 120; 2005 FC 354; affg [2004] I.A.D.D. No. 1054 (QL)) upholding the Immigration Appeal Division's decision that the visa officer was correct to decide that the appellant's dependants were not members of the family class. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*David Matas* for appellant (applicant).  
*Aliyah Rahaman* for respondent (respondent).

SOLICITORS OF RECORD:

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

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: This is an immigration appeal pursuant to a question of law certified by Mosley J. [(2005), 131 C.R.R. (2d) 120 (F.C.), at paragraph 44]:

Does paragraph 117(9)(d) of the IRP Regulations apply to exclude Convention refugees abroad, or Convention refugees seeking resettlement, as members of the family class by virtue of their relationship to a sponsor who previously became a permanent resident and at that time failed to declare them as non-accompanying family members?

[2] The appellant Ahmed Salem Azizi is a citizen of Afghanistan. He is married with two daughters; in 2001 he and his family were living in a refugee camp in Pakistan; he entered Canada from Pakistan alone as a Convention refugee seeking resettlement on August 21, 2001. He was sponsored by the World University Service Canada (WUSC) for study at a Canadian post-secondary institution. On his application for permanent residence submitted on February 9, 2001, he represented that he was never married and marked "n/a"

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 354; conf. [2004] D.S.A.I. n° 1054 (QL)) confirmant la décision de la Section d'appel de l'immigration selon laquelle l'agent des visas avait eu raison de conclure que les personnes à charge de l'appellant n'appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*David Matas* pour l'appelant (demandeur).  
*Aliyah Rahaman* pour l'intimé (défendeur).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*David Matas*, Winnipeg, pour l'appelant (demandeur).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé (défendeur).

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A. : Il s'agit d'un appel en matière d'immigration faisant suite à une question de droit certifiée par le juge Mosley [2005 CF 354, au paragraphe 44] :

L'alinéa 117(9)d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés a-t-il pour effet d'exclure de la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les réfugiés au sens de la Convention qui se trouvent à l'étranger et les réfugiés au sens de la Convention qui cherchent à se réinstaller si le répondant a, au moment où il a obtenu la résidence permanente, omis de les déclarer en tant que membres de sa famille ne l'accompagnant pas?

[2] L'appelant, Ahmed Salem Azizi, est citoyen de l'Afghanistan. Il est marié et a deux filles; en 2001, sa famille et lui vivaient dans un camp de réfugiés au Pakistan; il est arrivé seul au Canada, le 21 août 2001, à titre de réfugié au sens de la Convention cherchant à se réinstaller. Il était parrainé par l'Entraide universitaire mondiale du Canada (EUMC), qui devait l'aider à poursuivre des études dans un établissement post-secondaire canadien. Dans la demande de résidence permanente qu'il a présentée le 9 février 2001, il a

next to questions relating to the date and place of marriage and personal details of dependants. His record of landing, which he certified as true and correct, makes no mention of his having a wife and daughters.

[3] On June 28, 2002, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and the *Immigration Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRP Regulations) came into force. Paragraph 117(9)(d) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] of the IRP Regulations provides that a person will not be considered to be a member of the family class if that person was not examined at the time of the sponsor's application for permanent residence.

[4] Mr. Azizi applied to sponsor his wife and daughters in April 2003. A visa officer determined that Mr. Azizi's wife was not eligible for sponsorship because she was not a member of the family class because at the time Mr. Azizi applied for permanent residence she was a non-accompanying family member and was not examined. That decision applied to Mr. Azizi's two daughters as well.

[5] Mr. Azizi appealed to the Immigration Appeal Division (IAD) [[2004] I.A.D.D. No. 1054 (QL)] under subsection 63(1) of the IRPA. He told the IAD that before coming to Canada he lived in a refugee camp in Pakistan, having fled the Taliban regime in Afghanistan. He had no way to leave Pakistan other than through the WUSC sponsorship and scholarship program, which required him to be single, so he did not disclose his wife and children.

[6] The IAD found that the visa officer was correct to decide that Mr. Azizi's wife and children were not members of the family class because of the operation of paragraph 117(9)(d) of the IRP Regulations. Mosley J. upheld the decision of the IAD.

déclaré n'avoir jamais été marié et a inscrit la mention «n/a» (s.o.) à côté des questions relatives à la date et au lieu du mariage et aux renseignements personnels concernant les personnes à charge. Sa fiche relative au droit d'établissement—dont il a attesté la véracité et l'exactitude—ne mentionne pas qu'il a une femme et des filles.

[3] Le 28 juin 2002, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), sont entrés en vigueur. L'alinéa 117(9)d [mod. par DORS/2004-167, art. 41] du Règlement prévoit que ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial les personnes n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle à l'époque où leur répondant a présenté une demande de résidence permanente.

[4] En avril 2003, M. Azizi a présenté une demande en vue de parrainer sa femme et ses filles. Un agent des visas a décidé que la femme de M. Azizi n'était pas admissible au parrainage parce qu'elle n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial car, à l'époque où M. Azizi avait demandé la résidence permanente, elle était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier et n'avait pas fait l'objet d'un contrôle. Cette décision visait aussi les deux filles de M. Azizi.

[5] M. Azizi a interjeté appel devant la Section d'appel de l'immigration (SAI) [[2004] D.S.A.I. n° 1054 (QL)] en vertu du paragraphe 63(1) de la LIPR. Il a déclaré à la SAI que, avant son arrivée au Canada, il avait vécu dans un camp de réfugiés au Pakistan après avoir fui le régime des Talibans en Afghanistan. La seule façon pour lui de quitter le Pakistan était de se faire parrainer par l'EUMC et d'obtenir une bourse de cet organisme; il fallait pour cela qu'il soit célibataire et c'est pourquoi il n'avait pas divulgué l'existence de sa femme et de ses enfants.

[6] La SAI a conclu que l'agent des visas avait eu raison de conclure que la femme et les enfants de M. Azizi n'appartenaient pas à la catégorie du regroupement familial du fait de l'application de l'alinéa 117(9)d du Règlement. Le juge Mosley a confirmé la décision de la SAI.

## STANDARD OF REVIEW

[7] The issue here involves the interpretation of paragraph 117(9)(d) of the IRP Regulations and related provisions of the IRPA including constitutional questions. The standard of review is correctness and Mosley J. was correct in reviewing the IAD's decision on that standard.

## ANALYSIS

[8] Mr. Azizi's arguments in this Court are essentially a restatement of his arguments before Mosley J. and I am in substantial agreement with his reasons. However, in view of the certification of the question of law, I will briefly deal with Mr. Azizi's numerous arguments in this Court.

[9] The difficulty with Mr. Azizi's case is that it arises out of his own misrepresentations. In order to minimize or eliminate the consequences of his misrepresentations he seeks to:

(a) interpret paragraph 117(9)(d) in a manner that renders it inapplicable to non-accompanying family members of a Convention refugee applicant;

(b) argue that his misrepresentations were not material;

(c) draw a distinction between misrepresentations that go to inadmissibility, which he says is not applicable here, and misrepresentations that go to a failure to meet the requirements of the Act, which he says is;

(d) argue that paragraph 117(9)(d) is *ultra vires* because it is inconsistent with the purpose of the authorizing legislation, namely the IRPA;

(e) argue that the Act defines family class as including a spouse and children and that the Regulations cannot exclude them from the family class as defined;

(f) argue that his section 7 Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution*

## NORME DE CONTRÔLE

[7] Il est question en l'espèce de l'interprétation de l'alinéa 117(9)d) du Règlement et de dispositions connexes de la LIPR ainsi que de questions de nature constitutionnelle. La norme de contrôle est celle de la décision correcte, et le juge Mosley a examiné à juste titre la décision de la SAI en fonction de cette norme.

## ANALYSE

[8] M. Azizi a repris essentiellement devant la Cour les arguments qu'il a invoqués devant le juge Mosley, et je souscris dans une large mesure aux motifs du juge. Toutefois, compte tenu de la certification de la question de droit, j'examinerai brièvement les nombreux arguments que M. Azizi nous a soumis.

[9] Le problème qui se pose en l'espèce est que la présente affaire découle des fausses déclarations que M. Azizi a faites. Afin de minimiser ou d'éliminer les conséquences de ses déclarations, il tente :

a) d'interpréter l'alinéa 117(9)d) de façon à ce qu'il ne s'applique pas aux membres de la famille d'un demandeur du statut de réfugié qui n'accompagnent pas ce dernier;

b) de faire valoir que ses fausses déclarations ne portaient pas sur un fait important;

c) de faire une distinction entre les fausses déclarations qui emportent une interdiction de territoire—ce qui, selon lui, n'est pas le cas en l'espèce—et celles qui emportent un défaut de satisfaire aux exigences de la Loi—ce qui, selon lui, est le cas en l'espèce;

d) de faire valoir que l'alinéa 117(9)d) est *ultra vires* parce qu'il ne cadre pas avec l'objet de la loi habilitante, c'est-à-dire la LIPR;

e) de faire valoir que, selon la définition qu'en donne la Loi, la catégorie du regroupement familial inclut le conjoint et les enfants, et que le Règlement ne peut les exclure de cette catégorie, telle qu'elle est définie;

f) de faire valoir qu'il y a violation du droit à la sécurité de sa personne que lui garantit l'article 7 de la Charte

*Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]* right to security of the person is violated if the interpretation of paragraph 117(9)(d) excludes his wife and daughters from the family class because family unification is denied and the best interest of the children are ignored;

(g) argue that paragraph 117(9)(d) is being applied retroactively; and

(h) argue that paragraph 117(9)(d) violates section 15 of the Charter.

Interpreting paragraph 117(9)(d) in a manner that renders it inapplicable to non-accompanying family members of a Convention refugee applicant

[10] Mr. Azizi argues that paragraph 117(9)(d) should not apply to non-accompanying family members of Convention refugee applicants. Paragraph 117(9)(d) states:

**117...**

(a) A foreign national shall not be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if

...

(d) subject to subsection (10), the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and, at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member of the sponsor and was not examined.

[11] Mr. Azizi says that non-accompanying family members are not seeking admission to Canada and there is no purpose for paragraph 117(9)(d) applying to them. In making this argument, Mr. Azizi refers to a directive issued by the Minister which acknowledged that paragraph 117(9)(d) unintentionally excluded certain groups from the family class and that exclusion was an oversight. Relying on this admission by the Minister, Mr. Azizi says that paragraph 117(9)(d) should only

[*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]]* si l'interprétation de l'alinéa 117(9)d exclut sa femme et ses filles de la catégorie du regroupement familial parce que la réunification familiale est refusée et que l'on fait abstraction de l'intérêt des enfants;

g) de faire valoir que l'alinéa 117(9)d est appliqué rétroactivement;

h) de faire valoir que l'alinéa 117(9)d viole l'article 15 de la Charte.

Interprétation de l'alinéa 117(9)d de façon à ce qu'il ne s'applique pas aux membres de la famille d'un demandeur du statut de réfugié qui n'accompagnent pas ce dernier

[10] M. Azizi soutient que l'alinéa 117(9)d ne devrait pas s'appliquer aux membres de la famille d'un demandeur du statut de réfugié qui ne l'accompagnent pas. Le texte de l'alinéa en question est le suivant :

**117. [ . . . ]**

a) Ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les personnes suivantes :

[...]

d) sous réserve du paragraphe (10), dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger qui, à l'époque où cette demande a été faite, était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier et n'a pas fait l'objet d'un contrôle.

[11] M. Azizi affirme que les membres de sa famille ne l'ayant pas accompagné ne sollicitent pas l'admission au Canada et qu'il n'y a pas de raison pour laquelle l'alinéa 117(9)d s'appliquerait à eux. En formulant cet argument, M. Azizi se reporte à une directive du ministre qui a reconnu que l'alinéa 117(9)d excluait involontairement certains groupes de la catégorie de la famille et qu'il s'agissait là d'un oubli. S'appuyant sur cette admission du ministre, M. Azizi prétend que

apply when non-accompanying family members are required by law to be examined and were not. Since at the time of Mr. Azizi's application for permanent residence in Canada as a resettled refugee there was no requirement to examine non-accompanying family members, such an interpretation would render paragraph 117(9)(d) not applicable to Mr. Azizi's wife and daughters and they would be eligible to be members of the family class.

[12] As a result of the admitted oversight, the IRP Regulations were amended with the addition of subsections 117(10) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] and (11) [as am. *idem*]. In essence, subsection 117(10) provides that non-accompanying family members are not excluded from the family class if a visa officer determines that they are not required by law to be examined. Subsection 117(11) is an exception to 117(10).

[13] Subsections 117(10) and (11) provide:

**117. . . .**

(10) Subject to subsection (11), paragraph (9)(d) does not apply in respect of a foreign national referred to in that paragraph who was not examined because an officer determined that they were not required by the Act or the former Act, as applicable, to be examined.

(11) Paragraph (9)(d) applies in respect of a foreign national referred to in subsection (10) if an officer determines that, at the time of the application referred to in that paragraph,

(a) the sponsor was informed that the foreign national could be examined and the sponsor was able to make the foreign national available for examination but did not do so or the foreign national did not appear for examination; or

(b) the foreign national was the sponsor's spouse, was living separate and apart from the sponsor and was not examined.

[14] Mr. Azizi says that subsection 117(10) does not go far enough because it interposes a discretion in the

l'alinéa 117(9)d) ne devrait s'appliquer que dans les cas où les membres de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier sont tenus par la loi de faire l'objet d'un contrôle et ne l'ont pas fait. Étant donné qu'à l'époque où M. Azizi a présenté sa demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié cherchant à se réinstaller, il n'était pas obligatoire de soumettre à un contrôle les membres de sa famille qui ne l'accompagnaient pas, une telle interprétation ferait en sorte que l'alinéa 117(9)d) ne s'appliquerait pas à sa femme et à ses filles qui pourraient être admises dans la catégorie du regroupement familial.

[12] En conséquence de l'oubli qui a été admis, le Règlement a été modifié par l'ajout des paragraphes 117(10) [mod. par DORS/2004-167, art. 41] et (11) [mod., *idem*]. Le paragraphe 117(10) prévoit essentiellement que les membres de la famille qui n'accompagnent pas le demandeur ne sont pas exclus de la catégorie du regroupement familial si un agent des visas décide que la loi n'exige pas que ces personnes fassent l'objet d'un contrôle. Le paragraphe 117(11) est une exception au paragraphe 117(10).

[13] Le texte des paragraphes 117(10) et (11) est le suivant :

**117. [ . . . ]**

(10) Sous réserve du paragraphe (11), l'alinéa (9)d) ne s'applique pas à l'étranger qui y est visé et qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle parce qu'un agent a décidé que le contrôle n'était pas exigé par la Loi ou l'ancienne loi, selon le cas.

(11) L'alinéa (9)d) s'applique à l'étranger visé au paragraphe (10) si un agent arrive à la conclusion que, à l'époque où la demande visée à cet alinéa a été faite :

a) ou bien le répondant a été informé que l'étranger pouvait faire l'objet d'un contrôle et il pouvait faire en sorte que ce dernier soit disponible, mais il ne l'a pas fait, ou l'étranger ne s'est pas présenté au contrôle;

b) ou bien l'étranger était l'époux du répondant, vivait séparément de lui et n'a pas fait l'objet d'un contrôle.

[14] Selon M. Azizi, le paragraphe 117(10) ne va pas assez loin, car il confère à l'agent des visas le pouvoir

visa officer to determine whether a foreign national need be examined as a matter of law when there is never, at law, a need to examine a non-accompanying family member in the case of a Convention refugee applicant. His solution is to interpret paragraph 117(9)(d) as applying only when a non-accompanying family member is required to be examined. Since they are not required to be examined in his case, he says that paragraph 117(9)(d) does not apply to him.

[15] It is trite law that the Court may not change the words of a statute or regulation, which is what Mr. Azizi's argument implicitly requests. The Governor in Council has addressed the "overbreadth" oversight of paragraph 117(9)(d) in the manner considered appropriate by it in subsections 117(10) and (11).

[16] If Mr. Azizi is correct that there is no legal requirement for non-accompanying family members to be examined at the time of a Convention refugee application for permanent residence in Canada, that circumstance is accommodated by subsection 117(10). The officer will make that determination and paragraph 117(9)(d) will not apply. What is significant however is that subsection 117(10) requires that the officer make that decision. That implies that there must be disclosure of the non-accompanying family members at the time of the Convention refugee application.

[17] Although the argument was somewhat difficult to follow, Mr. Azizi seems to be saying that paragraph 117(11)(a) supports his argument. However, paragraph 117(11)(a), like subsection 117(10), contemplates that there has been disclosure of non-accompanying family members. There would be no reason for the visa officer to inform the sponsor that family members could be examined unless there was such disclosure. The scheme of the IRP Regulations is that non-accompanying family members who might later be sponsored for entry to Canada must be disclosed at the time of the application for permanent residence of the sponsor.

discrétionnaire de décider s'il est nécessaire de soumettre un étranger à un contrôle alors qu'il n'est jamais nécessaire en droit de soumettre à une telle mesure un membre de la famille n'accompagnant pas un demandeur du statut de réfugié. Sa solution consiste à considérer que l'alinéa 117(9)d) ne s'applique que dans les cas où un membre de la famille n'accompagnant pas le demandeur est tenu de faire l'objet d'un contrôle. Sa femme et ses filles n'étant pas tenues de faire l'objet d'un contrôle dans son cas, il prétend ne pas être visé par l'alinéa 117(9)d).

[15] Il est bien établi en droit que la Cour ne peut pas changer le libellé d'une loi ou d'un règlement, ce que demande implicitement M. Azizi dans son argument. Le gouverneur en conseil a corrigé l'oubli conférant une «portée excessive» à l'alinéa 117(9)d) de la façon qu'il a jugée appropriée aux paragraphes 117(10) et (11).

[16] Si M. Azizi a raison de dire que la loi n'exige pas que les membres de la famille d'un réfugié qui n'accompagnent pas ce dernier au moment où il demande la résidence permanente au Canada fassent l'objet d'un contrôle, cette circonstance tombe sous le coup du paragraphe 117(10). L'agent prendra cette décision, et l'alinéa 117(9)d) ne s'appliquera pas. Toutefois, ce qui est important c'est que le paragraphe 117(10) exige que l'agent prenne la décision. Cela signifie qu'il doit y avoir divulgation de l'existence des membres de la famille n'accompagnant pas le demandeur au moment où il présente sa demande de statut de réfugié.

[17] M. Azizi semble dire que l'alinéa 117(11)a) étaye son argument, mais ce dernier est un peu difficile à suivre. Cependant, l'alinéa 117(11)a), à l'instar du paragraphe 117(10), suppose qu'il y a eu divulgation de l'existence des membres de la famille n'accompagnant pas le demandeur. Sans cette divulgation, il n'y aurait aucune raison pour l'agent des visas d'informer le répondant que les membres de sa famille pourraient faire l'objet d'un contrôle. Suivant le régime établi par le Règlement, l'existence des membres de la famille qui n'accompagnent pas un demandeur et qui pourraient être plus tard parrainés en vue de leur entrée au Canada doit être déclarée au moment de la demande de résidence permanente du répondant.

[18] Mr. Azizi argues that paragraph 117(9)(d) must be read in the context of other regulations. He submits that subsection 141(1) [as am. by SOR/2004-167, s. 80(F)], which deals explicitly with disclosure and refugees, implies that paragraph 117(9)(d) does not apply to refugees. The subsection reads:

141. (1) A permanent resident visa shall be issued to a family member who does not accompany the [Convention refugee] applicant if, following an examination, it is established that

(a) the family member was included in the applicant's permanent resident visa application at the time that application was made, or was added to that application before the applicant's departure for Canada;

(b) the family member submits their application to an officer outside Canada within one year from the day on which refugee protection is conferred on the applicant;

(c) the family member is not inadmissible;

(d) the applicant's sponsor under subparagraph 139(1)(f)(i) has been notified of the family member's application and an officer is satisfied that there are adequate financial arrangements for resettlement; and

(e) in the case of a family member who intends to reside in the Province of Quebec, the competent authority of that Province is of the opinion that the foreign national meets the selection criteria of the Province. [Emphasis added.]

[19] The basis of Mr. Azizi's argument is that paragraph 141(1)(a) deals expressly with the situation of refugees who fail to disclose family members before arrival and therefore paragraph 117(9)(d), which does not deal expressly with refugees, does not apply to them.

[20] Subsection 117(9) applies to "foreign nationals". Subsection 2(1) of the IRPA defines "foreign national" as "a person who is not a Canadian citizen or a permanent resident, and includes a stateless person." By its plain meaning, this includes refugees.

[21] Disclosure is implicitly required under paragraph 117(9)(d) because it deals with the examination of family members by immigration officials. Obviously, family members cannot be examined where there is no

[18] M. Azizi fait valoir que l'alinéa 117(9)d doit être interprété dans le contexte d'autres dispositions réglementaires. Il soutient que le paragraphe 141(1) [mod. par DORS/2004-167, art. 80(F)], qui porte explicitement sur la divulgation et les réfugiés, sous-entend que l'alinéa 117(9)d ne s'applique pas aux réfugiés. Le paragraphe est libellé en ces termes :

141. (1) Un visa de résident permanent est délivré à tout membre de la famille du demandeur [réfugiés au sens de la Convention] qui ne l'accompagne pas si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis :

a) le membre de la famille était visé par la demande de visa de résident permanent du demandeur au moment où celle-ci a été faite ou son nom y a été ajouté avant le départ du demandeur pour le Canada;

b) il présente sa demande à un agent qui se trouve hors du Canada dans un délai d'un an suivant le jour où le demandeur se voit conférer l'asile;

c) il n'est pas interdit de territoire;

d) le répondant visé au sous-alinéa 139(1)f(i) qui parraine le demandeur a été avisé de la demande du membre de la famille et l'agent est convaincu que des arrangements financiers adéquats ont été pris en vue de sa réinstallation;

e) dans le cas où le membre de la famille cherche à s'établir au Québec, les autorités compétentes de cette province sont d'avis qu'il répond aux critères de sélection de celle-ci. [Non souligné dans l'original.]

[19] M. Azizi fait valoir que l'alinéa 141(1)a traite expressément du cas des réfugiés qui ne divulguent pas l'existence de membres de leur famille avant leur arrivée et que, de ce fait, l'alinéa 117(9)d, qui ne porte pas expressément sur les réfugiés, ne s'applique pas à eux.

[20] Le paragraphe 117(9) s'applique aux « étrangers ». Suivant le paragraphe 2(1) de la LIPR, un « étranger » est une « [p]ersonne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent; la présente définition vise également les apatrides ». Cette définition inclut de toute évidence les réfugiés.

[21] La divulgation est implicitement exigée par l'alinéa 117(9)d puisqu'il traite du contrôle des membres de la famille par les agents de l'immigration. À l'évidence, les membres de la famille ne peuvent pas

disclosure. The explicit reference to disclosure in paragraph 141(1) does not detract from the implied disclosure obligation in paragraph 117(9)(d). On the contrary, the explicit reference to disclosure in paragraph 141(1)(a) underscores the importance of disclosure in the Canadian immigration procedures.

[22] Mr. Azizi's argument tries to construe the Regulations in a manner that excuses non-disclosure by the Convention refugee appellant. That may suit his particular circumstances but it is not in accord with the scheme of the Regulations.

Were the misrepresentations material?

[23] There was argument about whether subsections 9(3) and 12(4) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, or subsection 16(1) of the IRPA dealing with the requirement for truthful disclosure are applicable to this case. Mr. Azizi says subsection 16(1) of the IRPA applies; the Minister says that subsections 9(3) and 12(4) of the *Immigration Act* apply. Mr. Azizi relies on subsection 16(1) because he says that it only requires that relevant evidence be disclosed while subsections 9(3) and 12(4) of the *Immigration Act* are not expressly restricted to relevant evidence. Mr. Azizi says that the questions of whether he had a wife and children were not relevant to his permanent residence application as a refugee.

[24] It is not necessary to determine which Act applies to the facts of this case because I am of the view that information about non-accompanying dependants is relevant under the IRPA irrespective of whether the refugee application was made under the *Immigration Act* or the IRPA. As Mosley J. pointed out at paragraph 23 of his reasons, a durable solution outside Canada might be indicated by the nationality or status of dependants. Paragraph 139(1)(d) of the Regulations provides:

faire l'objet d'un contrôle si leur existence n'a pas été divulguée. La référence explicite qui est faite à la divulgation au paragraphe 141(1) ne limite pas l'obligation de divulgation implicite dont il est question à l'alinéa 117(9)d). Au contraire, la référence explicite qui y est faite à l'alinéa 141(1)a souligne l'importance de la divulgation dans la procédure canadienne d'immigration.

[22] M. Azizi tente d'interpréter le Règlement d'une manière qui justifie l'omission par l'appelant ayant obtenu le statut de réfugié de faire la divulgation requise. Cela convient peut-être à sa situation, mais cela ne cadre pas avec le régime établi par le Règlement.

Les fausses déclarations portaient-elles sur un fait important?

[23] Il y a eu débat sur la question de savoir si ce sont les paragraphes 9(3) et 12(4) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui s'appliquent en l'espèce, ou s'il s'agit plutôt du paragraphe 16(1) de la LIPR, qui porte sur l'obligation de faire une divulgation véridique. Selon M. Azizi, c'est le paragraphe 16(1) de la LIPR qui s'applique; selon le ministre, il s'agit plutôt des paragraphes 9(3) et 12(4) de la *Loi sur l'immigration*. M. Azizi se fonde sur le paragraphe 16(1) parce que, selon lui, cette disposition exige uniquement la divulgation des éléments de preuve pertinents, tandis que les paragraphes 9(3) et 12(4) de la *Loi sur l'immigration* ne se limitent pas expressément aux éléments de preuve pertinents. M. Azizi affirme que la question de savoir s'il avait une femme et des enfants n'était pas pertinente à sa demande de résidence permanente à titre de réfugié.

[24] Il n'est pas nécessaire de déterminer laquelle des deux lois s'applique aux faits de l'espèce, car je suis d'avis que les renseignements relatifs aux personnes à charge qui n'accompagnent pas le demandeur sont pertinents en vertu de la LIPR, que la demande de statut de réfugié ait été présentée en vertu de la *Loi sur l'immigration* ou en vertu de la LIPR. Comme l'a fait remarquer le juge Mosley au paragraphe 23 de ses motifs, la nationalité ou le statut des personnes à charge pouvait commander l'adoption d'une solution durable à

139. (1) A permanent resident visa shall be issued to a foreign national in need of refugee protection, and their accompanying family members, if following an examination it is established that:

...

(d) the foreign national is a person in respect of whom there is no reasonable prospect, within a reasonable period, of a durable solution in a country other than Canada, namely:

- (i) voluntary repatriation or resettlement in their country of nationality or habitual residence, or
- (ii) resettlement or an offer of resettlement in another country;

The visa officer must be able to assess the potential of a durable solution outside Canada when assessing a refugee applicant's claim for permanent residence in Canada. That is the case whether or not the Convention refugee's dependants are accompanying him and is one reason why information about dependants is relevant.

[25] Mr. Azizi says that a durable solution outside Canada is not possible in this case. That may be so. But it is not the prerogative of the Convention refugee to make that decision. Information about dependants asked for on the permanent residence application form must be complete and accurate in order that the visa officer may make that determination. It is Canada that makes that decision not the Convention refugee.

Is there a distinction between misrepresentations that go to inadmissibility as opposed to failure to meet the requirements of the Act?

[26] Mr. Azizi cites no authority for the proposition that misrepresentation is only relevant to admissibility

l'extérieur du Canada. L'alinéa 139(1)d) du Règlement prévoit :

139. (1) Un visa de résident permanent est délivré à l'étranger qui a besoin de protection et aux membres de sa famille qui l'accompagnent si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis :

[...]

d) aucune possibilité raisonnable de solution durable n'est, à son égard, réalisable dans un délai raisonnable dans un pays autre que le Canada, à savoir :

- (i) soit le rapatriement volontaire ou la réinstallation dans le pays dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle,
- (ii) soit la réinstallation ou une offre de réinstallation dans un autre pays;

L'agent des visas doit être en mesure d'évaluer la possibilité d'une solution durable à l'extérieur du Canada lorsqu'il examine la demande de résidence permanente au Canada d'un demandeur du statut de réfugié. Il en est ainsi, que les personnes à charge du réfugié au sens de la Convention accompagnent ce dernier ou non, et c'est là une raison pour laquelle les renseignements au sujet des personnes à charge sont pertinents.

[25] M. Azizi prétend que, dans son cas, une solution durable à l'extérieur du Canada est impossible. C'est peut-être vrai. Mais il n'appartient pas au réfugié de prendre cette décision. Les renseignements relatifs aux personnes à charge que l'on demande d'inscrire sur le formulaire de demande de résidence permanente doivent être complets et exacts afin de permettre à l'agent des visas de prendre cette décision. C'est le Canada qui prend la décision, pas le réfugié.

Y a-t-il une distinction entre les fausses déclarations qui emportent une interdiction de territoire et celles qui emportent un défaut de satisfaire aux exigences de la Loi?

[26] M. Azizi ne cite aucune source à l'appui de la thèse que les fausses déclarations ne sont pertinentes que

but not to compliance with the Act or the Regulations. While I doubt the distinction being argued for by Mr. Azizi, I need not decide that issue here. Information about dependants might affect the admissibility of a refugee applicant if a durable solution is possible elsewhere.

Is paragraph 117(9)(d) ultra vires?

[27] Mr. Azizi says paragraph 117(9)(d) is *ultra vires* because it is inconsistent with the purpose of the IRPA. I agree that a purpose of the IRPA is family reunification and that the best interests of children are to be considered when relevant. But the legislation has other purposes as well. Another purpose is the maintenance of the integrity of the Canadian refugee protection system. The integrity of that system is undermined by a complacent approach to misrepresentations made by applicants for admission to Canada.

[28] Paragraph 117(9)(d) does not bar family reunification. It simply provides that non-accompanying family members who have not been examined for a reason other than a decision by a visa officer will not be admitted as members of the family class. A humanitarian and compassionate application under section 25 of the IRPA may be made for Mr. Azizi's dependants or they may apply to be admitted under another category in the IRPA.

[29] Mr. Azizi says these are undesirable alternatives. It is true that they are less desirable from his point of view than had his dependants been considered to be members of the family class. But it was Mr. Azizi's misrepresentation that has caused the problem. He is the author of this misfortune. He cannot claim that paragraph 117(9)(d) is *ultra vires* simply because he has run afoul of it.

[30] Another *ultra vires* argument made by Mr. Azizi is that subsection 12(1) of the IRPA defines the family

pour l'interdiction de territoire et non pour la conformité à la Loi ou au Règlement. Bien que je doute du bien-fondé de la distinction alléguée par M. Azizi, je n'ai pas à trancher cette question en l'espèce. Les renseignements relatifs aux personnes à charge pourraient avoir une incidence sur l'admissibilité d'un demandeur du statut de réfugié s'il existe une solution durable ailleurs.

L'alinéa 117(9)d est-il ultra vires?

[27] M. Azizi affirme que l'alinéa 117(9)d est *ultra vires* parce qu'il est incompatible avec l'objet de la LIPR. Je conviens que l'un des objets de la LIPR est la réunification des familles et que l'intérêt supérieur des enfants, lorsqu'il est pertinent, doit être pris en considération. Cependant, la Loi a aussi d'autres objets. L'un de ceux-ci est le maintien de l'intégrité du processus canadien d'asile. Une attitude complaisante à l'égard des fausses déclarations que font des personnes qui sollicitent l'admission au Canada a pour effet de saper cette intégrité.

[28] L'alinéa 117(9)d n'interdit pas la réunification des familles. Il prévoit simplement que les membres de la famille d'un demandeur qui n'accompagnent pas ce dernier et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle pour un motif autre qu'une décision d'un agent de visas ne seront pas admis à titre de membres de la catégorie du regroupement familial. Les personnes à la charge de M. Azizi peuvent présenter une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 de la LIPR ou demander d'être admises dans le cadre d'une autre catégorie prévue par la LIPR.

[29] M. Azizi soutient qu'il s'agit là de solutions peu souhaitables. Elles sont certes moins souhaitables de son point de vue que si les personnes à sa charge avaient été considérées comme des membres de la catégorie du regroupement familial. Mais ce sont les fausses déclarations de M. Azizi qui sont à l'origine du problème. Il est l'artisan de son propre malheur. Il ne peut pas prétendre que l'alinéa 117(9)d est *ultra vires* simplement parce qu'il ne s'y est pas conformé.

[30] Un autre argument qu'invoque M. Azizi pour prétendre que cette disposition est *ultra vires* est que le

class and that the Regulations cannot alter that definition. Subsection 12(1) lists who may be eligible to be members of the family class.

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

[31] As I read subsection 12(1), it does not define the family class. It only enumerates who, by reason of their relationship to a Canadian citizen or permanent resident, may be selected to be a member of the family class. In other words, it does not provide that spouses or children are automatically members of the family class.

[32] Subsection 14(1) provides in part as follows:

**14.** (1) The regulations may provide for any matter relating to the application of this Division.

Whether a person may be a member of the family class and be sponsored as such are matters to which the Division applies. Subsection 14(1) is broad enough to authorize the Governor in Council to provide, by regulation, who may not be considered a member of the family class for purposes of sponsorship.

### Section 7 of the Charter

[33] Mr. Azizi invokes section 7 of the Charter. He submits that by preventing him from reuniting with his family, the state has caused him to have a high level of psychological stress, which adversely affects his security of the person. He says his section 7 right is engaged because paragraph 117(9)(d) is being applied retroactively, which he says is contrary to the principles of fundamental justice.

paragraphe 12(1) de la LIPR définit la catégorie du regroupement familial et que le Règlement ne peut modifier cette définition. Le paragraphe 12(1) énumère les personnes qui peuvent être admissibles à titre de membres de la catégorie du regroupement familial :

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

[31] Selon mon interprétation du paragraphe 12(1), cette disposition ne définit pas la catégorie du regroupement familial. Elle énumère seulement ceux qui, du fait de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien ou un résident permanent, peuvent être sélectionnés pour faire partie de la catégorie du regroupement familial. Autrement dit, ce paragraphe ne prévoit pas que les époux ou les enfants sont automatiquement membres de la catégorie.

[32] Le paragraphe 14(1) porte notamment :

**14.** (1) Les règlements régissent l'application de la présente section et définissent [...]

Le fait de savoir si une personne peut appartenir à la catégorie du regroupement familial et être parrainée à ce titre est une question à laquelle s'applique la section. Le paragraphe 14(1) a une portée suffisamment large pour autoriser le gouverneur en conseil à prévoir, par règlement, quelle personne ne peut pas être considérée comme un membre de la catégorie du regroupement familial pour fins de parrainage.

### Article 7 de la Charte

[33] M. Azizi invoque l'article 7 de la Charte. Il soutient qu'en l'empêchant de se réunir avec sa famille, l'État lui a causé un degré élevé de stress psychologique, ce qui a un effet négatif sur la sécurité de sa personne. Il ajoute que le droit que lui garantit l'article 7 est touché parce que l'alinéa 117(9)d) est appliqué rétroactivement, ce qui, selon lui, est contraire aux principes de justice fondamentale.

[34] I accept that being separated from his wife and children has caused Mr. Azizi psychological stress. However, he chose to leave his wife and daughters in Pakistan in 2001, and he chose to make a misrepresentation to immigration authorities. Some of his psychological stress may have resulted from the state's refusal to allow Mr. Azizi to sponsor his family as permanent residents but in large part it arose from his own actions. The government is only accountable for deprivation that results from state action (see *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 59). Much of Mr. Azizi's psychological stress is as a result of his own decisions. On the facts here, there is not a sufficient causal connection between state action and Mr. Azizi's psychological stress that would justify a finding of deprivation of security of the person by the state. As the right to security of the person is not engaged, it is unnecessary to deal with Mr. Azizi's submissions regarding the principles of fundamental justice.

#### Section 15

[35] Mr. Azizi's section 15 arguments do not address the factors required for a valid claim of discrimination. It is not at all clear which group he seeks to be compared with or what enumerated or analogous ground of discrimination he seeks to rely on. Any differential treatment of Mr. Azizi is as a consequence of his misrepresentation, not as a consequence of a government action.

#### CONCLUSION

[36] The appeal should be dismissed and the certified question answered in the affirmative.

LINDEN J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

[34] Je conviens que le fait d'être séparé de sa femme et de ses enfants a causé un stress psychologique à M. Azizi. Cependant, c'est lui qui a décidé de les laisser au Pakistan en 2001, et c'est lui qui a décidé de faire de fausses déclarations aux autorités de l'immigration. Une partie de son stress psychologique est peut-être attribuable au refus de l'État de lui permettre de parrainer les membres de sa famille à titre de résidents permanents, mais ce stress résulte en grande partie des propres actions de M. Azizi. Le gouvernement n'est responsable que de l'atteinte qui découle des actes de l'État (voir *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 59). Le stress psychologique de M. Azizi est surtout attribuable à ses propres décisions. Compte tenu des faits en l'espèce, il n'y a pas de lien de causalité suffisant entre les actes de l'État et le stress psychologique de M. Azizi pour conclure à une atteinte, de la part de l'État, à la sécurité de sa personne. Le droit à la sécurité de la personne n'étant pas touché, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de M. Azizi au sujet des principes de justice fondamentale.

#### Article 15

[35] Les arguments fondés sur l'article 15 qu'invoque M. Azizi n'abordent pas les facteurs qui sont essentiels pour qu'il soit possible d'alléguer à juste titre qu'il y a discrimination. Le groupe avec lequel il tente d'être comparé ou les motifs énumérés ou analogues de discrimination sur lesquels il tente de se fonder sont loin d'être clairs. Le traitement différent que M. Azizi a reçu est la conséquence de ses fausses déclarations, et non d'une mesure gouvernementale.

#### CONCLUSION

[36] Je suis d'avis de rejeter l'appel et de répondre par l'affirmative à la question certifiée.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

A-645-04  
2005 FCA 395

A-645-04  
2005 CAF 395

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Patrick Prentice** (*Respondent*)

**Patrick Prentice** (*intimé*)

**INDEXED AS: PRENTICE v. CANADA (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : PRENTICE c. CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Nadon J.J.A.—Montréal, November 10; Ottawa, November 28, 2005.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, Décary et Nadon, J.C.A.—Montréal, 10 novembre; Ottawa, 28 novembre 2005.

*Crown — Torts — Appeal from Federal Court decision dismissing motion to strike — Former RCMP member involved in peacekeeping missions abroad, bringing action in damages, alleging breach of Charter, s. 7 rights against Crown employer — As disguised action in civil liability against Crown, prohibited by Government Employees Compensation Act, s. 12, Crown Liability and Proceedings Act, ss. 8, 9 — Appeal allowed.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une requête en radiation — Un ancien membre de la GRC ayant participé à des missions de maintien de la paix à l'étranger a engagé une action en dommages-intérêts, alléguant une violation de l'art. 7 de la Charte de la part de son employeur, la Couronne — Étant une action en responsabilité civile déguisée, contre la Couronne ce recours était exclu par les art. 8 et 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et par l'art. 12 de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État— Appel accueilli.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Former RCMP member involved in peacekeeping missions bringing action in damages against Crown for violation of Charter, s. 7 rights — Crown seeking to have action dismissed as disclosing no reasonable cause of action — Respondent must prove deprivation of right to life, liberty, security under s. 7 contrary to principles of fundamental justice — Case law on principles of fundamental justice reviewed — Action struck out.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Un ancien membre de la GRC ayant participé à des missions de maintien de la paix a engagé une action en dommages-intérêts contre la Couronne, alléguant une violation des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la Charte — La Couronne a demandé le rejet de l'action au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable — L'intimé devait prouver que la violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par l'art. 7 était contraire aux principes de justice fondamentale — Examen de la jurisprudence relative aux principes de justice fondamentale — Action radiée.*

*Administrative Law — Respondent, former RCMP member deployed on peacekeeping missions, claiming compensatory, moral, exemplary damages against Crown employer for violation of Charter, s. 7 rights under Charter, s. 24 — Respondent could have exercised rights under number of statutory schemes — Plaintiff wishing to bring action against Crown in civil liability for damages must exhaust other remedies — Respondent not exercising remedies available under "ordinary" laws.*

*Droit administratif — L'intimé, un ancien membre de la GRC ayant été affecté à des missions de maintien de la paix, se fondant sur l'art. 24 de la Charte, demandait des dommages-intérêts compensatoires, moraux, et punitifs au motif que la Couronne, son employeur, aurait violé les droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte — L'intimé aurait pu invoquer différents régimes légaux pour faire valoir ses droits — Le demandeur qui veut engager une action en responsabilité civile contre la Couronne afin d'obtenir des dommages-intérêts doit épuiser ses autres recours — L'intimé n'a pas exercé les autres recours que les lois « ordinaires » lui accordaient.*

*RCMP — Respondent former RCMP member taking part in peacekeeping missions abroad — Claiming damages from*

*GRC — L'intimé est un ancien membre de la GRC ayant été affecté à des missions de maintien de la paix à l'étranger —*

*Crown employer as represented by RCMP on basis of violation of Charter, s. 7 rights — Not exercising rights under number of statutory schemes — As disguised claim for disability pension, not coming within framework of action in damages — Instead governed by Part II of Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act — As certain to fail, action struck out.*

*Labour Relations — Former RCMP member claiming damages against Crown, as employer, based on alleged violation of Charter, s. 7 — Dispute arising out of employment relationship between respondent, RCMP — Respondent's action in reality action by employee against employer seeking damages for harm allegedly suffered in course of employment — As disguised claim based on accident in course of employment, prohibited by Government Employees Compensation Act, s. 12.*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Crown seeking to strike respondent's amended statement of claim for damages as disclosing no reasonable cause of action — Motion to strike pleading under Federal Courts Rules, r. 221(1)(a) allowed only if outcome of case "plain and obvious", "beyond reasonable doubt" — Power to strike out pleadings must be exercised with considerable caution, reluctance — Motion allowed on ground claim certain to fail — Plaintiff must exhaust other remedies before bringing action against Crown in civil liability for damages.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing a motion to dismiss the action for lack of jurisdiction and to strike out the statement of claim because it disclosed no cause of action. The respondent was a member of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and, in that capacity, took part in peacekeeping missions deployed under the aegis of the United Nations in Namibia in 1989 and in the former Yugoslavia in 1992. After he was released from the RCMP for medical reasons in January 2004, the respondent brought an action in the Federal Court, claiming compensatory, moral and exemplary damages under Charter, section 24 in the amount of \$3,250,000 from Her Majesty the Queen, as represented by the RCMP. He alleged that, during those missions, he experienced very stressful events for which he was not prepared and had received no special training, which violated his right to the physical and psychological security of his person, guaranteed to him by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In amended motion, the

*Il a demandé des dommages-intérêts contre la Couronne, son employeur, représentée par la GRC, au motif qu'elle aurait violé l'art. 7 de la Charte — Il n'a pas exercé les recours que lui ouvraient un certain nombre de régimes légaux — Comme il s'agissait d'une demande de pension d'invalidité déguisée, elle n'avait pas sa place dans le cadre d'une action en dommages-intérêts — Elle était plutôt régie par la partie II de la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada — Comme elle était vouée à l'échec, l'action a été radiée.*

*Relations du travail — Un ancien membre de la GRC a demandé des dommages-intérêts au motif que la Couronne, son employeur, aurait violé l'art. 7 de la Charte — Le différend découlait de la relation employeur-employé entre l'intimé et la GRC — Le recours exercé par l'intimé constituait en réalité une action intentée par un employé contre son employeur afin de réclamer des dommages-intérêts en raison du préjudice qu'il aurait subi dans le cadre de son emploi — Comme il s'agissait d'une demande déguisée fondée sur un accident lié à l'occupation d'un emploi, elle était exclue par l'art. 12 de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — La Couronne a demandé la radiation de la déclaration modifiée de l'intimé réclamant des dommages-intérêts au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable — La requête en radiation d'un acte de procédure présentée en vertu de la règle 221(1)a des Règles des Cours fédérales n'est accueillie que si l'issue de l'affaire est « évidente et manifeste » ou « au delà de tout doute raisonnable » — Le pouvoir de radier des actes de procédure doit être exercé avec beaucoup de prudence et d'hésitation — La requête a été accueillie au motif que l'action était vouée à l'échec — Le demandeur doit épuiser tous ses autres recours avant d'engager une action en responsabilité civile contre la Couronne afin d'obtenir des dommages-intérêts.*

Il s'agissait d'un appel interjeté d'une décision de la Cour fédérale par laquelle elle a rejeté une requête en rejet de l'action et en radiation de la déclaration parce qu'elle ne révélait aucune cause d'action. L'intimé appartenait à la Gendarmerie royale du Canada (GRC); à ce titre, il a participé à des missions de maintien de la paix sous l'égide des Nations Unies en Namibie en 1989 et dans l'ex-Yougoslavie en 1992. Après avoir été libéré de la GRC pour raisons de santé en janvier 2004, l'intimé a engagé une action devant la Cour fédérale, par laquelle, en se fondant sur l'article 24 de la Charte, il réclamait à Sa majesté la Reine, représentée par la GRC, 3 250 000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires, moraux, et punitifs. Il prétendait que, au cours de ces missions, il a vécu des événements très stressants pour lesquels il n'avait pas été préparé et il n'avait reçu aucune formation particulière et qu'il y a donc eu violation du droit à la sécurité physique et psychologique de sa personne que garantit l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et*

Crown asked that the action be dismissed “on the ground that the Federal Court is not a court of competent jurisdiction” and to have the amended statement of claim struck out “because it discloses no reasonable cause of action”. The trial Judge found that the Court had jurisdiction to determine whether the Crown had violated the Charter by failing to prepare the respondent adequately for the missions to which he was assigned and by failing to provide him with appropriate care when he returned. On the question of a reasonable cause of action, he stated that the principle of Crown immunity did not seem to apply where there was a violation of a Charter right. The main issue was whether the respondent could bring an action in damages against the Crown, his employer, based on an alleged violation of section 7 of the Charter notwithstanding the immunity granted to the Crown by section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. If so, must he exercise his administrative remedies before applying to the Federal Court?

*Held*, the appeal should be allowed.

The decision was based on a number of premises. (1) A motion to strike a pleading under paragraph 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules* on the ground that it discloses no reasonable cause of action will be allowed only if the judge concludes that the outcome of the case is “plain and obvious” or “beyond reasonable doubt”. The power to strike out pleadings must be exercised with considerable caution and reluctance and neither the length or complexity of the issues nor the novelty of the cause of action should prevent a plaintiff from proceeding with his action. Where the failure to disclose a reasonable cause of action arises from the fact that the Court does not have jurisdiction over the case, the action must be struck out if the lack of jurisdiction is indeed plain and obvious. (2) The trial Judge’s decision to allow the proceedings to continue was discretionary and the Federal Court of Appeal will intervene only if the decision was based on an error of law or if the discretion was exercised erroneously. (3) A plaintiff cannot rely on the Charter to claim a remedy under the Charter based on the alleged illegality of a decision of a federal tribunal that has not already been declared invalid or unlawful in an application for judicial review. (4) Were it not for the allegation of a violation of Charter rights, the respondent, as a government employee, would have no right of action in liability against the Crown, his employer. The immunity from actions against the employer is the result of an historic compromise, under which workers lose their cause of action against their employer in exchange for compensation that is not dependent on either the employer’s liability or its ability to pay. That immunity is regarded as essential to the very existence of workers’ compensation schemes. The constitutional validity of schemes of that nature, in relation to sections 7 and 15 of the Charter,

*libertés*. Par requête amendée, la Couronne a demandé le rejet de l’action « au motif que la Cour fédérale n’est pas un tribunal compétent » et aussi la radiation de la déclaration amendée « parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action valable ». Le juge de première instance a conclu que la Cour avait compétence pour statuer sur la question de savoir si l’État avait violé la Charte en ne préparant pas l’intimé adéquatement aux missions qui lui ont été confiées et en ne lui accordant pas un suivi adéquat lors de son retour. Sur la question de la cause d’action valable, il s’est dit d’avis que le principe de l’immunité de la Couronne ne semblait pas s’appliquer en cas de violation d’un droit garanti par la Charte. La principale question en litige était la suivante : l’intimé pouvait-il intenter une action en dommages-intérêts contre la Couronne, son employeur, fondée sur une violation alléguée de l’article 7 de la Charte, malgré l’immunité accordée à la Couronne par l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*? Dans l’affirmative, devait-il épuiser ses recours administratifs avant de s’adresser à la Cour fédérale?

*Arrêt* : l’appel est accueilli.

La décision était fondée sur un certain nombre de prémisses. 1) La requête en radiation d’un acte de procédure présentée en vertu de l’alinéa 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales* au motif qu’il ne révèle aucune cause d’action valable, n’est accueillie que si le juge conclut que l’issue de l’affaire est « évidente et manifeste » ou « au delà de tout doute raisonnable ». C’est avec beaucoup de prudence et d’hésitation que le pouvoir de radier des actes de procédure doit être exercé; ni la longueur ou la complexité des questions en litige, ni la nouveauté de la cause d’action ne doivent empêcher le demandeur d’exercer son action. Lorsque l’absence de cause d’action valable tient à l’absence de compétence de la Cour pour connaître du litige, il est certain que si l’absence évidente et manifeste de compétence il y a, l’action doit être radiée. 2) Le juge de première instance a décidé de maintenir l’instance en vertu de son pouvoir discrétionnaire et la Cour d’appel fédérale n’intervient que si la décision est fondée sur une erreur de droit ou si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée. 3) Le demandeur ne peut pas invoquer la Charte et réclamer une mesure de redressement à ce titre pour cause d’illégalité alléguée d’une décision d’un office fédéral si celle-ci n’a pas préalablement été déclarée nulle ou illégale dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. 4) N’eût été de l’allégation de violation de droits garantis par la Charte, l’agent de l’État qu’est l’intimé n’aurait aucun droit d’action en responsabilité contre la Couronne, son employeur. L’immunité de poursuite dont jouit l’employeur résulte d’un compromis historique : les travailleurs perdent leur cause d’action contre leur employeur en échange d’une indemnité qui ne dépend ni de la responsabilité de l’employeur ni de sa capacité de payer. Cette immunité est considérée comme essentielle à l’existence même

has been recognized many times. (5) The concept of “principle of fundamental justice” in section 7 of the Charter has been analyzed by the Supreme Court of Canada on a number of occasions. In *R. v. Marmo-Levine*; *R. v. Caine*, the Court said that “for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person”. In other recent cases, the Court decided that the legal principle of the “best interests of the child” was not a principle of fundamental justice, and it has refused to consider refusal to fund treatment as a principle of fundamental justice. It is up to the plaintiff to identify the principle of fundamental justice on which he or she intends to rely. (6) Although the respondent could have exercised his rights under a number of statutory schemes (eg. *Canada Labour Code*, *Canadian Human Rights Act*, *Royal Canadian Mounted Police Act*), he did not do so. (7) The dispute in this case arose out of the employment relationship between the respondent and the RCMP. In labour relations cases, the exclusive jurisdiction of the arbitrator model applies, where the dispute between the parties, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement, or from a statutory scheme, or from a scheme established by the *Public Service Staff Relations Act*. The Courts, however, retain jurisdiction if the scheme established by the statute does not provide for the remedy sought. It has been recognized that an arbitrator has jurisdiction to apply the Charter on the same basis as the other laws of the country. An arbitrator is also a tribunal of competent jurisdiction if his enabling statute authorizes it to award damages for a Charter violation.

It was not necessary to decide whether to allow the Crown to raise the argument that no principle of fundamental justice had been raised, for the first time on appeal. Instead this appeal was disposed of on the basis of the Federal Court of Appeal decision in *Dumont v. Canada (Dumont-Drolet)*. The remedy sought, compensatory, moral and exemplary damages, confirmed the real nature of the action, i.e. an action by an employee against his employer seeking damages for harm allegedly suffered in the course of his employment. Given that this action was a disguised action in civil liability against the Crown, it was prohibited by sections 8 and 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. Given that this action was a disguised claim based on an accident in the course of

des régimes d’indemnisation d’accidents du travail. La validité constitutionnelle de tels régimes, au regard des articles 7 et 15 de la Charte, a été reconnue à maintes reprises. 5) La Cour suprême du Canada a analysé la notion de «principe de justice fondamentale » dans l’article 7 de la Charte à plusieurs reprises. Dans les arrêts *R. c. Marmo-Levine*; *R. c. Caine*, la Cour a dit que «pour qu’une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7, il doit s’agir d’un principe juridique à l’égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu’il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ». Dans d’autres affaires récentes, la Cour a statué que le principe juridique qu’est le « meilleur intérêt de l’enfant » ne constituait pas un principe de justice fondamentale, et elle a refusé de considérer comme un principe de justice fondamentale le refus de financer une thérapie. C’est au demandeur qu’il incombe de préciser le principe de justice fondamentale qu’il a l’intention d’invoquer. 6) L’intimé aurait pu invoquer différents régimes légaux pour faire valoir ses droits (par ex., le *Code canadien du travail*, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*); cependant, il n’en a rien fait. 7) En l’espèce, le litige découlait de la relation employeur-employé entre l’intimé et la GRC. En matière de relations de travail, le modèle de la compétence exclusive de l’arbitre s’applique, dès lors que le différend opposant les parties découle, dans son essence, de l’interprétation, de l’approbation, de l’application ou de la violation d’une convention collective, ou découle d’un régime légal, ou du régime établi par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Les Cours conservent toutefois leur compétence si le régime institué par la loi ne prévoit pas la mesure réparatrice demandée. Il est reconnu qu’un arbitre a compétence pour appliquer la Charte au même titre que les autres lois canadiennes. L’arbitre constitue aussi un tribunal compétent, si sa loi habilitante l’autorise à accorder des dommages-intérêts en cas de violation de la Charte.

La Cour d’appel fédérale n’a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si elle devait permettre à la Couronne de soulever, pour la première fois dans le cadre d’un appel, l’argument selon lequel aucun principe de justice fondamentale n’avait été invoqué. Elle a plutôt statué sur le présent appel en s’inspirant de l’arrêt *Dumont c. Canada (Dumont-Drolet)* rendu par la Cour d’appel fédérale. La mesure de redressement sollicitée, à savoir des dommages-intérêts compensatoires, moraux et punitifs, confirmait la véritable nature du recours, c’est-à-dire une action intentée par un employé contre son employeur afin de réclamer des dommages-intérêts relativement au préjudice qu’il aurait subi dans le cadre de son emploi. Vu que ce recours était une

employment, it was prohibited by section 12 of the *Government Employees Compensation Act*. Given that this action was a disguised grievance or discrimination complaint, it could not be brought in the Federal Court. Given that this action was a disguised claim for a disability pension, it did not come within the framework of an action in damages and was instead governed by Part II of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*. Because the compensation sought can already be recovered, at least in part, under various federal statutes, the respondent may claim in the action for damages that he says is based on Charter, section 7, only the difference which might constitute a remedy that is “appropriate and just in the circumstances” within the meaning of Charter, section 24. It is not possible to assess such additional compensation, because such compensation presupposes a base compensation. A plaintiff who wishes to bring action against the Crown in civil liability for damages must first exercise the remedies offered by administrative law. Section 24 of the Charter is not a life preserver for rescuing parties who fail to exercise their remedies under the “ordinary” laws. It is not the role of the Federal Court to do things that statutes assign to arbitrators and ministers, and to decide, in an action brought under the Charter, whether a grievance or a claim for a disability pension is justified. The respondent’s action was certain to fail, even if there was a violation of section 7 of the Charter and even if his action under the Charter was not precluded by Crown immunity.

action en responsabilité civile déguisée, contre la Couronne, il était exclu par les articles 8 et 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*. Vu que ce recours était une action déguisée fondée sur un accident lié à l’occupation d’un emploi, il était exclu par l’article 12 de la *Loi sur l’indemnisation des agents de l’État*. Vu que ce recours était un grief ou une plainte de discrimination déguisée, il ne pouvait être exercé devant la Cour fédérale. Vu que ce recours était une demande de pension d’invalidité déguisée, il n’avait pas sa place dans le cadre d’une action en dommages-intérêts et il était plutôt régi par la partie II de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*. L’indemnité recherchée étant déjà recouvrable, à tout le moins en partie, en vertu de différentes lois fédérales, l’intimé ne pouvait réclamer, dans son action en dommages-intérêts qu’il disait fondée sur l’article 7 de la Charte, que l’excédent pouvant constituer « une réparation juste et convenable » au sens de l’article 24 de la Charte. Il n’est pas possible d’évaluer cette indemnité supplémentaire puisqu’une telle indemnité suppose une indemnité de base. Le demandeur qui veut exercer un recours en responsabilité civile contre la Couronne pour obtenir des dommages-intérêts doit d’abord exercer les recours que lui ouvre le droit administratif. L’article 24 de la Charte ne constitue pas une bouée de sauvetage destinée à secourir les justiciables qui n’exercent pas les recours que les lois « ordinaires » leur accordent. La Cour fédérale n’est pas censée remplir les fonctions que les lois confèrent aux arbitres et aux ministres, et se prononcer, dans le cadre d’une action fondée sur la Charte, sur le bien-fondé d’un grief ou d’une demande de pension d’invalidité. L’action de l’intimé était incontestablement vouée à l’échec, même s’il y avait eu violation de l’article 7 de la Charte, et même si son recours fondé sur la Charte n’avait pas été écarté par l’immunité de la Couronne.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 124 (as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 5), 148 (as am. *idem*, s. 14), Part II.
- 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, 15, 24.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 40 (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 47; 1998, c. 9, s. 23).
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 49.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 8, 9 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 39(F)).

#### 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, 15, 24.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 49.
- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 124 (mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 5), 148 (mod., *idem*, art. 14), partie II.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 40 (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 47; 1998, ch. 9, art. 23).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 31(1**b**) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art.

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 221(1)(a),(f), 359(c), 364(2)(e).  
*Government Employees Compensation Act*, R.S.C., 1985, c. G-5, ss. 3, 4 (as am. by S.C. 1996, c. 10, s. 229.3), 12.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 31(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60).  
*Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 21(2) (as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 2000, c. 12, s. 212; ch. 34, s. 21), 111(2) (as am. *idem*, s. 42).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, Part III (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16; S.C. 1990, c. 8, s. 65; 1994, c. 26, ss. 63(F), 64(F); 2002, c. 8, s. 182).  
*Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361, ss. 19(a), 20 (as am. by SOR/91-177, s. 1; 94-219, s. 7; 95-535, s. 1; 97-233, s. 1), 22, 28 (as am. by SOR/94-219, s. 10; 97-233, s. 2).  
*Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. R-11, ss. 32 (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 46), 34 (as am. by S.C. 1998, c. 11, s. 4), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 80; 1999, c. 34, s. 204; 2003, c. 26, s. 63).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dumont v. Canada*, [2004] 3 F.C.R. 338; (2003), 323 N.R. 316; 2003 FCA 475; *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287; 2005 FCA 348; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 4; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571; (2003), 233 D.L.R. (4th) 415; [2004] 4 W.W.R. 407; 23 B.C.L.R. (4th) 1; 191 B.C.A.C. 1; 179 C.C.C. (3d) 417; 16 C.R. (6th) 1; 144 C.R.R. (2d) 189; 314 N.R. 1; 2003 SCC 74.

##### CONSIDERED:

*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146; (2005), 250 D.L.R. (4th) 385; 41 C.C.E.L. (3d) 159; 331 N.R. 64; 2005 SCC 11; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v.*

60).

*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, partie III (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16; L.C. 1990, ch. 8, art. 65; 1994, ch. 26, art. 63(F), 64(F); 2002, ch. 8, art. 182).  
*Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11, art. 32 (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 46), 34 (mod. par L.C. 1998, ch. 11, art. 4), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 80; 1999, ch. 34, art. 204; 2003, ch. 26, art. 63).  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 8, 9 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 39(F)).  
*Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21(2) (mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 2000, ch. 12, art. 212; ch. 34, art. 21), 111(2) (mod., *idem*, art. 42).  
*Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. (1985), ch. G-5, art. 3, 4 (mod. par L.C. 1996, ch. 10, art. 229.3), 12.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.  
*Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361, art. 19a), 20 (mod. par DORS/91-177, art. 1; 94-219, art. 7; 95-535, art. 1; 97-233, art. 1), 22, 28 (mod. par DORS/94-219, art. 10; 97-233, art. 2).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 221(1)(a),(f), 359(c), 364(2)(e).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dumont c. Canada*, [2004] 3 R.C.F. 338; 2003 CAF 475; *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571; 2003 CSC 74.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146; 2005 CSC 11; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76; 2004 CSC 4; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur*

*Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76; (2004), 234 D.L.R. (4th) 257; 180 C.C.C. (3d) 353; 16 C.R. (6th) 203; 315 N.R. 201; 183 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (5th) 1; 2004 SCC 4; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791; (2005), 254 D.L.R. (4th) 577; 130 C.R.R. (2d) 99; 335 N.R. 25; 2005 SCC 35; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54.

## REFERRED TO:

*Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2005] 1 S.C.R. 667; (2005), 252 D.L.R. (4th) 529; 28 Admin. L.R. (4th) 1; 41 C.C.E.L. (3d) 1; 333 N.R. 314; 2005 SCC 30; *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, [2005] 3 F.C.R. 367; (2005), 334 N.R. 1; 2005 FCA 139; *Sarvanis v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 921; (2002), 210 D.L.R. (4th) 263; 284 N.R. 263; 2002 SCC 28; *Lawrence v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (1997), 125 F.T.R. 94 (F.C.T.D.); *R. v. Canada (Solicitor General)*, [1999] N.S.J. No. 263 (Prov. Ct.) (QL); affd (2001), 192 N.S.R. (2d) 18 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 173 (QL); *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; (1997), 149 D.L.R. (4th) 577; [1997] 8 W.W.R. 517; 158 Sask. R. 81; 50 Admin. L.R. (2d) 1; 30 C.C.E.L. (2d) 149; 37 C.C.L.T. (2d) 1; 216 N.R. 1; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; (1996), 136 D.L.R. (4th) 129; 96 CLLC 230-034; 36 C.R.R. (2d) 189; 198 N.R. 1; [1996] R.R.A. 537; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 40 C.R.R. 125; 96 N.R. 227; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; (1990), 77 D.L.R. (4th) 25; [1991] 2 W.W.R. 195; 52 B.C.L.R. (2d) 187; 120 N.R. 109; *Budge v. Alberta (Workers/Workmen's Compensation Board)* (1991), 111

*général*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791; 2005 CSC 35; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; 2003 CSC 54.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667; 2005 CSC 30; *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, [2005] 3 R.C.F. 367; 2005 CAF 139; *Sarvanis c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 921; 2002 CSC 28; *Lawrence c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, [1997] A.C.F. n° 75 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *R. v. Canada (Solicitor General)*, [1999] N.S.J. n° 263 (C.P.) (QL); conf. par (2001), 192 N.S.R. (2d) 18 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2001] S.C.C.A. n° 173 (QL); *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Budge v. Alberta (Workers/Workmen's Compensation Board)* (1991), 111 A.R. 228; (1991), 77 D.L.R. (4th) 361; [1991] 3 W.W.R. 1; 78 Alta. L.R. (2d) 193; 6 C.R.R. (2d) 365 (C.A.); *Winnipeg Child and Family Services c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519; 2000 CSC 48; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429; 2002 CSC 84; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rees v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 79; 2005 NLCA 15; *Kovach c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 R.C.S. 55; 2000 CSC 3; *Lindsay c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 R.C.S. 59; 2000 CSC 4; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360; 2000 CSC 14; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier*

A.R. 228; (1991), 77 D.L.R. (4th) 361; [1991] 3 W.W.R. 1; 78 Alta. L.R. (2d) 193; 6 C.R.R. (2d) 365 (C.A.); *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519; (2000), 191 D.L.R. (4th) 1; [2001] 1 W.W.R. 1; 150 Man. R. (2d) 161; 78 C.R.R. (2d) 1; 260 N.R. 203; 70 R.F.L. (5th) 122; 2000 SCC 48; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429; (2002), 221 D.L.R. (4th) 257; 100 C.R.R. (2d) 1; 298 N.R. 1; 2002 SCC 84; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 48 C.R.R. 1; 109 N.R. 81; *Rees v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 79; 2005 NLCA 15; *Kovach v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 S.C.R. 55; (2000), 184 D.L.R. (4th) 415; [2002] 2 W.W.R. 235; 96 B.C.L.R. (3d) 93; 2000 SCC 3; *Lindsay v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 S.C.R. 59; (2000), 184 D.L.R. (4th) 431; [2000] 4 W.W.R. 169; 189 Sask. R. 49; 251 N.R. 356; 2000 SCC 4; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360; (2000), 183 D.L.R. (4th) 14; [2000] 4 W.W.R. 149; 189 Sask. R. 23; 50 C.C.E.L. (2d) 1; 241 N.R. 16; 2000 SCC 14; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; (1986), 73 N.B.R. (2d) 236; 28 D.L.R. (4th) 1; 184 A.P.R. 236; 86 CLLC 14,037; 68 N.R. 112; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585; (2003), 213 D.L.R. (4th) 449; [2003] 11 W.W.R. 1; 5 Admin. L.R. (4th) 161; 18 B.C.L.R. (4th) 207; 187 B.C.A.C. 1; 3 C.E.L.R. (3d) 161; [2003] 4 C.N.L.R. 25; 310 N.R. 122; 2003 SCC 55; *Boucher v. Stelco Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 279; (2005), 259 D.L.R. (4th) 34; 48 C.C.P.B. 167; 341 N.R. 207; 2005 SCC 64.

(*Section locale 219*), [1986] 1 R.C.S. 704; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585; *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279; 2005 CSC 64.

APPEAL from a Federal Court decision (*Prentice v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (2004), 267 F.T.R. 163; 2004 FC 1657) dismissing a motion to dismiss an action for lack of jurisdiction and to strike out the statement of claim because it disclosed no cause of action. Appeal allowed.

APPEL d'une décision rendue par la Cour fédérale (*Prentice c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, 2004 CF 1657) rejetant une requête en rejet de l'action pour défaut de compétence et en radiation de la déclaration parce qu'elle ne révélait aucune cause d'action. Appel accueilli.

APPEARANCES:

*Raymond Piché* and *Nadia Hudon* for appellant.  
*Jacques Ferron* and *Gilles Savard* for respondent.

ONT COMPARU :

*Raymond Piché* et *Nadia Hudon* pour l'appelante.  
*Jacques Ferron* et *Gilles Savard* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Jacques Ferron*, Québec, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Jacques Ferron*, Québec, pour l'intimé.

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

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] DÉCARY J.A.: May a member of the Royal Canadian Mounted Police who has taken part in peace-keeping missions abroad bring an action in damages against the Crown, his employer, based on an alleged violation of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter), notwithstanding the immunity granted to the Crown by section 9 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 39(F)] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)]? If so, must the member exercise his administrative remedies before applying to the Federal Court?

[2] That is the essence of the issues that the parties have submitted to this Court in a motion to strike a pleading on the ground that it fails to disclose a reasonable cause of action.

#### THE FACTS

[3] Mr. Prentice (the respondent), a resident of Ontario, was, at the times relevant to this case, a member of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP). In that capacity, he took part in peacekeeping missions deployed under the aegis of the United Nations in Namibia in 1989 and in the former Yugoslavia in 1992.

[4] After he was released from the RCMP for medical reasons in January 2004, he brought an action in the Federal Court [(2004), 267 F.T.R. 163] claiming damages in the amount of \$3,250,000 from Her Majesty the Queen, as represented by the Royal Canadian Mounted Police.

[5] In his written submissions, filed at trial, which he reiterated in this Court, the respondent summarized his claim as follows:

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Un membre de la Gendarmerie royale du Canada qui a participé à des missions de paix à l'étranger, peut-il intenter une action en dommages-intérêts contre la Couronne, son employeur, fondée sur une violation alléguée de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), en dépit de l'immunité accordée à la Couronne par l'article 9 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 39(F)] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)]? Dans l'affirmative, ce membre doit-il exercer ses recours de nature administrative avant de s'adresser à la Cour fédérale?

[2] Telles sont, pour l'essentiel, les questions que les parties soumettent à cette Cour dans le cadre d'une requête en radiation de procédure pour absence de cause d'action valable.

#### LES FAITS

[3] M. Prentice (l'intimé), un résident de l'Ontario, était, aux moments pertinents de ce litige, membre de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC). Il a participé, à ce titre, aux missions de paix déployées sous l'égide de l'Organisation des Nations-Unies en Namibie, en 1989, et en ex-Yougoslavie, en 1992.

[4] Après sa libération de la GRC, pour raison médicale, en janvier 2004, il institue une procédure en Cour fédérale [2004 CF 1657] par laquelle il réclame de Sa Majesté la Reine, représentée par la Gendarmerie royale du Canada, des dommages-intérêts au montant de 3 250 000 \$.

[5] Dans ses prétentions écrites déposées en première instance et qu'il a réitérées devant nous, l'intimé résume ainsi sa déclaration :

## [TRANSLATION]

1. In his amended statement of claim, filed on May 10, 2004, the plaintiff claims damages in the amount of \$3,250,000 from the defendant as a valid remedy under section 24 of the *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* for violation of his right to security of the person, a right guaranteed to him by section 7 of the *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*, based on facts and conduct that are not part of his usual employment as a member;
  2. The plaintiff took part in two peace-keeping missions, in Namibia, Africa, and in the former Yugoslavia, without receiving training regarding the political situation there and without adequate preparation for those missions, which went beyond his usual employment as a member, when the defendant could not have been unaware that such preparation was necessary both for him to be effective and for the protection of the plaintiff's life and security of the person, which he is guaranteed by section 7 of the *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*;
  3. During those missions, the plaintiff experienced very stressful events for which his 11 years of work on investigations into economic crimes had in no way prepared him, and he had received no special training to prepare him for those missions;
  4. The defendant accordingly violated the plaintiff's right to the physical and psychological security of his person, which is guaranteed to him by section 7 of the *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*, in a fundamentally unjust manner;
  5. At paragraphs 52 to 62 of his amended statement of claim, the plaintiff alleges that the defendant harmed the plaintiff's health, that she refused to acknowledge his illness and provide him with appropriate treatment, that she engaged in harassment, that she violated his privacy and that she engaged in discrimination;
  6. The defendant has not met the fiduciary obligation that rests on her under, *inter alia*, section 7 of the *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*;
  7. The plaintiff alleges that he has suffered substantial damage as a result of his inability to work and the suffering he has endured and will continue to endure until he dies as a result of the loss of enjoyment of life and he seeks a remedy for that damage under section 24 of the *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*; . . .
- 1- Dans sa déclaration amendée déposée le 10 mai 2004, le demandeur réclame de la défenderesse des dommages-intérêts au montant de 3 250 000\$ à titre de réparation valable en vertu de l'article 24 de la *CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS* pour atteinte à son droit à la sécurité de sa personne, droit que lui confère l'article 7 de la *CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS* basés sur des faits et comportements qui ne relèvent pas de son service usuel de gendarme;
  - 2- Le demandeur a participé à deux (2) missions de paix, soit en Namibie en Afrique et en ex-Yougoslavie sans recevoir la formation sur la situation politique existante et sans préparation adéquate pour ces missions qui dépassaient le cadre de son service usuel de gendarme, alors que la défenderesse ne pouvait ignorer que cette préparation était nécessaire tant pour son efficacité que pour la protection à la vie et à la sécurité de la personne du demandeur qui lui est conférée par l'article 7 de la *CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*;
  - 3- Pendant ces missions, le demandeur vécu des événements très stressants pour lesquels son travail pendant onze (11) ans aux enquêtes sur les crimes économiques ne l'avait aucunement préparé et il n'avait reçu aucune formation particulière pour le préparer à ces missions;
  - 4- La défenderesse a ainsi violé de façon fondamentalement injuste le droit du demandeur à la sécurité physique et psychologique de sa personne que lui garantit l'article 7 de la *CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*;
  - 5- Aux paragraphes 52 à 62 de sa déclaration amendée, le demandeur allègue que la défenderesse a porté atteinte à la santé du demandeur, qu'elle a refusé de reconnaître sa maladie et de lui fournir les traitements adéquats qu'elle a fait preuve de harcèlement, qu'elle a brisé sa vie privée et qu'elle a fait preuve de discrimination;
  - 6- La défenderesse n'a pas respecté son obligation de fiduciaire fondée en outre [*sic*] sur l'article 7 de la *CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*;
  - 7- Le demandeur allègue qu'il a subi des dommages considérables suite à son incapacité de travailler, aux souffrances endurées et qu'il continuera à endurer jusqu'à sa mort, suite à la perte de jouissance de la vie et il réclame réparation pour ces dommages en vertu de l'article 24 de la *CHARTÉ CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*; . . .

### The Apparent Basis of the Plaintiff's Action

[6] The amended statement of claim is lengthy, repetitive, tortuous and confused.

[7] The identity of the defendant is sometimes ambiguous. Although the defendant is named as "Her Majesty the Queen in Right of Canada, represented herein by the Royal Canadian Mounted Police", paragraph 11 of the statement of claim criticizes the "defendant" who made orders in council authorizing the peacekeeping missions, and paragraph 24 criticizes the [TRANSLATION] "government of which the defendant is part". In his memorandum, the respondent criticizes the Canadian government, the Canadian Armed Forces and the RCMP, without distinction. When pressed to answer, counsel for the respondent finally acknowledged, at the hearing, that his criticism related solely to the actions of the RCMP.

[8] The alleged wrongdoing is variously characterized as [TRANSLATION] "negligence" (paragraphs 1(a) and (b)), [TRANSLATION] "breach of undertaking" (paragraphs 1(d), 63), [TRANSLATION] "harassment" (paragraph 1(e)), [TRANSLATION] "discrimination" (paragraphs 1(f), 83, 84), [TRANSLATION] "fault" (paragraph 1(I)), [TRANSLATION] "breach of legal obligations" (paragraph 1(c)), [TRANSLATION] "breach of fiduciary obligation" (paragraphs 1(j), 65, 66), [TRANSLATION] "violation of sections 7 and 15 of the Charter" (paragraphs 1(k), 2, 8, 52, 65, 67, 68, 78, 79), [TRANSLATION] "liability for all acts and omissions of her employees, servants or agents, including the officers, persons in authority and members of the medical team of the RCMP" (paragraph 9), [TRANSLATION] "interference with his health, refusal to acknowledge his illness, refusal and/or neglect to provide him with appropriate treatment, harassment, violation of privacy, discrimination . . . the defendant (having) thus fundamentally unjustly violated his right to the physical and psychological security of his person as guaranteed to him by section 7 of the Charter" (paragraph 52), [TRANSLATION] "exceptional recklessness in relation to respecting the plaintiff's rights and the security and integrity of his person as guaranteed to him by section 7 of the Charter" (paragraph 78), and [TRANSLATION] "obvious, known, intentional and deliberate violation of his fundamental rights" (paragraph 79).

### Le fondement apparent du recours de l'intimé

[6] La déclaration modifiée est longue, répétitive, tortueuse et confuse.

[7] L'identité de la défenderesse est parfois ambiguë. Bien que la défenderesse soit désignée comme étant « Sa Majesté la Reine, chef du Canada, ici représentée par la Gendarmerie royale du Canada », la déclaration s'en prend au paragraphe 11, à la « défenderesse » qui a émis des décrets autorisant les missions de paix et, au paragraphe 24, au « pouvoir politique auquel participe la défenderesse ». Dans son mémoire, l'intimé s'en prend indistinctement au gouvernement canadien, aux Forces armées canadiennes et à la GRC. Pressé de questions, le procureur de l'intimé a finalement reconnu, à l'audience, qu'il s'en prenait aux seuls agissements de la GRC.

[8] Les manquements reprochés sont parfois qualifiés de « négligence » (paragraphes 1a, 1b)), de « rupture d'engagement » (paragraphes 1d), 63), de « harcèlement » (paragraphe 1e)), de « discrimination » (paragraphes 1f), 83, 84), de « faute » (paragraphe 1i)), de « manquement à ses obligations légales » (paragraphe 1c)), de « manquement à son obligation de fiduciaire » (paragraphes 1j), 65, 66), de « manquement aux art. 7 et 15 de la Charte » (paragraphes 1k), 2, 8, 52, 65, 67, 68, 78, 79), de « responsabilité de tous les actes et omissions de ses employés, préposés ou mandataire, incluant les officiers, personnes en autorité et membres de l'équipe médicale de la GRC » (paragraphe 9), d'« atteinte à sa santé, de refus de reconnaître sa maladie, de refus et/ou négligence de lui fournir les traitements adéquats, de harcèlement, de bris de vie privée, de discrimination [. . .] la défenderesse (ayant) ainsi violé de façon fondamentalement injuste son droit à la sécurité physique et psychologique de sa personne que lui garantit l'art. 7 de la Charte.» (paragraphe 52), de « témérité peu commune eu égard au respect des droits du demandeur à la sécurité et à l'intégrité de sa personne que lui reconnaît l'art. 7 de la Charte » (paragraphe 78), et de « violation évidente, connue, volontaire et délibérée de ses droits fondamentaux » (paragraphe 79).

[9] Fortunately for the Court, which has to interpret a statement of claim “as generously as possible” at the motion to strike stage (*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 451), counsel for the respondent acknowledged in his memorandum, at paragraph 34, that [TRANSLATION] “the respondent plaintiff has alleged no wrongdoing or illegal act against the plaintiff, and solely a violation of the Constitution”, at paragraph 42, [TRANSLATION] “the action brought by the respondent plaintiff is based on section 7 of the Charter”, at paragraph 55, [TRANSLATION] “the plaintiff is not seeking damages against the Crown in civil delictual liability, and rather is seeking a remedy for failure to comply with the Charter . . . , that is, under the Constitution, and has cited no delictual civil liability”, at paragraph 81, [TRANSLATION] “the respondent has merely alleged failure to comply with section 7 of the Charter . . . and seeks a remedy under subsection 24(1) of the Charter . . . but has made no reference to any kind of fault”, and, at paragraph 88, [TRANSLATION] “the plaintiff, in his amended statement of claim, does not base his action on the *Crown Liability and Proceedings Act*, and relies solely on the defendant’s failure to comply with section 7 of the Charter . . . and, in the alternative, with her fiduciary obligation, without making any reference to liability, and so there is no issue of immunity under the *Crown Liability and Proceedings Act* in this case”.

[10] In other words, if we leave aside the violation of section 15 of the Charter (to which counsel for the respondent did not return and which, in any event, had no chance of succeeding in the circumstances) and the violation of the fiduciary obligation (an obligation that this Court has not recognized: see *Dumont v. Canada*, [2004] 3 F.C.R. 338 (F.C.A.)) (*Dumont-Drolet*), we find that what we have here is an action against the Crown that, essentially, says it is claiming damages for violation of section 7 of the Charter.

#### The Remedy Sought

[11] The only remedy sought by the respondent under section 24 of the Charter is an award of compensatory, moral and exemplary damages:

[9] Heureusement pour la Cour qui, au stade d’une requête en radiation, doit interpréter une déclaration « de manière aussi libérale que possible » (*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 451), le procureur de l’intimé a reconnu dans son mémoire, au paragraphe 34, que « [l]e demandeur intimé ne reproche aucun acte fautif ou illégal à l’appelante mais uniquement un manquement à la constitution », au paragraphe 42, que « l’action du demandeur intimé est fondée sur l’article 7 de la Charte », au paragraphe 55, que « le demandeur ne réclame pas de dommages-intérêts suite à la responsabilité civile délictuelle de la Couronne mais demande réparation pour non respect de la Charte [. . .], donc en vertu de la Constitution et ne fait appel à aucune responsabilité civile délictuelle », au paragraphe 81, que « l’intimé ne fait qu’invoquer le non respect de l’article 7 de la Charte [. . .] et demande réparation en vertu de l’article 24(1) de la Charte [. . .] sans même faire appel à aucune notion de faute » et au paragraphe 88, que « le demandeur, dans sa déclaration amendée ne base pas son action sur la *Loi de la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* mais uniquement sur un manquement de la défenderesse à respecter l’article 7 de la Charte [. . .] et subsidiairement à son obligation de fiduciaire sans jamais faire appel à la notion de responsabilité, et donc que la notion d’immunité en vertu de la *Loi sur la responsabilité de l’État et le contentieux administratif* ne trouve pas d’application en cette affaire ».

[10] Bref, si l’on écarte la violation de l’article 15 de la Charte (sur laquelle le procureur de l’intimé n’est pas revenu et qui, de toute manière, n’avait aucune chance de succès dans les circonstances) et le manquement à l’obligation de fiduciaire (obligation que cette Cour n’a pas retenue : voir *Dumont c. Canada*, [2004] 3 R.C.F. 338 (C.A.F.)) (*Dumont-Drolet*), l’on se retrouve ici avec une action contre la Couronne qui, essentiellement, dit réclamer des dommages en raison de la violation de l’article 7 de la Charte.

#### Le redressement recherché

[11] Le seul redressement demandé par l’intimé en vertu de l’article 24 de la Charte consiste en l’attribution de dommages-intérêts compensatoires, moraux et exemplaires :

[TRANSLATION]

COMPENSATORY DAMAGES

• Loss of income for 12 years	\$750,000
• Loss of pension because of failure to be promoted	\$750,000
• Cost of future therapy	\$ 50,000

MORAL DAMAGES

• Loss of a brilliant career in the RCMP	\$500,000
• Destruction of the family unit	\$300,000
• Suffering, loss of enjoyment of life and loss of dignity	\$500,000

EXEMPLARY DAMAGES\$400,000**TOTAL:****\$3,250,000**DOMMAGES COMPENSATOIRES :

• Perte de revenus pendant 12 ans	750 000\$
• Perte de pension suite à l'absence de promotion	750 000\$
• Coût d'une thérapie future	50 000\$

DOMMAGES MORAUX :

• Perte d'une brillante carrière dans la Gendarmerie Royale	500 000\$
• Destruction de la cellule familiale	300 000\$
• Souffrance, perte de jouissance de la vie et perte de dignité	500 000\$

DOMMAGES EXEMPLAIRES :400 000\$**TOTAL :****3 250 000\$**The Amended Motion to Strike

[12] In its amended motion to dismiss the action and strike a pleading, the Crown asks that the action be dismissed [TRANSLATION] “on the ground that the Federal Court is not a court of competent jurisdiction for the purpose of awarding . . . the damages under subsection 24(1) of the Charter . . . that the plaintiff is seeking . . . for the alleged violation of his rights as guaranteed by sections 7 and 15 of the Charter”. The motion also seeks to have the amended statement of claim struck out [TRANSLATION] “because it discloses no reasonable cause of action”.

[13] With respect to the Court’s lack of jurisdiction, the Crown argues that the remedy sought could be claimed only by filing grievances under Part III [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16; S.C. 1990, c. 8, s. 65; 1994, c. 26, ss. 63(F), 64(F); 2002, c. 8, s. 182] of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 or Part II [sections 122-165] of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 and, possibly, filing a complaint under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.

[14] With respect to the failure to disclose a reasonable cause of action, the Crown argues that the

La requête amendée en radiation

[12] La Couronne, dans sa requête amendée en rejet d’action et en radiation d’un acte de procédure, demande de rejeter l’action « pour le motif que la Cour fédérale n’est pas un tribunal compétent pour accorder aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte [. . .] les dommages-intérêts [. . .] que le demandeur réclame [. . .] pour la violation alléguée de ses droits protégés par les articles 7 et 15 de la Charte ». La requête demande aussi de radier la déclaration amendée « parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action valable ».

[13] Relativement à l’absence de compétence de la Cour, la Couronne prétend que le redressement recherché ne pouvait l’être que par le moyen de griefs déposés en vertu de la partie III [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16; L.C. 1990, ch. 8, art. 65; 1994, ch. 26, art. 63(F), 64(F); 2002, ch. 8, art. 182] de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 ou de la partie II [articles 122 à 165] du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 et, à la rigueur, d’une plainte déposée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

[14] Relativement à l’absence d’une cause d’action valable, la Couronne prétend que les allégations sont

allegations all relate to the respondent's employment in the RCMP and are covered by the grievance procedure, that some allegations refer to a breach of a fiduciary obligation when no such obligation exists in this case, and that the damages claimed cannot be claimed because of the immunity granted to the Crown by the *Crown Liability and Proceedings Act* and the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C., 1985, c. G-5. The Crown also argues that the legality of orders in council can only be challenged by way of an application for judicial review.

[15] It is not stated anywhere in that motion, or in the memorandum of facts and law accompanying it, that the action must be dismissed on the ground that the claim under section 7 of the Charter is certain to fail because the respondent did not identify any principle of fundamental justice in his statement of claim.

#### The Judgment of the Federal Court

[16] Before Mr. Justice Blanchard, the respondent acknowledged that he was not challenging the legality of the orders in council, and so the requirement that any challenge to them be brought by way of application for judicial review no longer applied.

[17] On the question of jurisdiction, the Judge found that the Court had jurisdiction to determine whether the Crown had violated the Charter by failing to prepare the respondent adequately for the missions to which he was assigned and by failing to provide him with appropriate care when he returned.

[18] On the question of a reasonable cause of action, the Judge stated that, in his opinion, cases involving actions for a remedy under section 24 of the Charter are treated in a particular way, and, relying on the decision of this Court in *Dumont-Drolet*, concluded that the principle of Crown immunity did not seem to apply where there was a violation of a Charter right.

#### The Parties' Arguments on Appeal

[19] On appeal, the Crown raised the question for the first time, and in fact as its main argument, of whether it

toutes reliées à l'emploi de l'intimé demandeur au sein de la GRC et relèvent de la procédure applicable aux griefs, que certaines allégations font état d'un manquement à une obligation de fiduciaire qui n'existe pas en l'espèce et que les dommages réclamés ne peuvent l'être en raison de l'immunité accordée à la Couronne par la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. (1985), ch. G-5. La Couronne prétend aussi que la légalité des décrets ne peut être remise en question que par une demande de contrôle judiciaire.

[15] Nulle part dans cette requête, ni dans le mémoire des faits et du droit qui l'accompagne, n'est-il fait mention de l'irrecevabilité de l'action pour le motif que l'attaque fondée sur l'article 7 de la Charte serait vouée à l'échec parce qu'aucun principe de justice fondamentale n'aurait été identifié par l'intimé dans sa déclaration.

#### Le jugement de la Cour fédérale

[16] Devant le juge Blanchard, l'intimé a reconnu qu'il ne contestait pas la légalité des décrets, de sorte que l'obligation de procéder à leur égard par demande de contrôle judiciaire n'était plus pertinente.

[17] Sur la question de compétence, le juge conclut que la Cour a compétence pour déterminer si la Couronne a violé la Charte en ne préparant pas l'intimé adéquatement aux missions auxquelles il a été affecté et en ne lui accordant pas un suivi adéquat lors de son retour.

[18] Sur la question de cause d'action valable, le juge se dit d'avis qu'un traitement particulier est réservé aux instances dans lesquelles une action est intentée pour obtenir réparation en vertu de l'article 24 de la Charte et, s'appuyant sur l'arrêt de cette Cour dans *Dumont-Drolet*, il conclut que le principe de l'immunité de la Couronne ne semble pas s'appliquer là où il y a violation d'un droit garanti par la Charte.

#### Les prétentions des parties en appel

[19] La Couronne, en appel, soulève pour la première fois, et en fait son principal argument, la question de

was possible to find a violation of section 7 of the Charter from the facts alleged. The Crown argued, *inter alia*, that the respondent had not identified any principle of fundamental justice in his statement of claim and that, accordingly, his action was certain to fail. In the alternative, it argued Crown immunity and lack of jurisdiction on the part of the Federal Court, along with another new argument, that the respondent was not entitled to the monetary compensation he was claiming absent any allegation of gross negligence or intentional fault.

[20] The respondent objected to the introduction of a new argument at the appeal stage. In any event, he argued at the hearing that the statement of claim discloses a violation of two principles that, in his submission, may be characterized as principles of fundamental justice: the prohibition on arbitrary action being taken by the government and the obligation of employers to ensure the safety of their employees. The respondent further argued that in *Dumont-Drolet*, this Court held that a cause of action based on a violation of a Charter right was not certain to fail. His final argument was that the question of which of the Federal Court and the grievance arbitrator has jurisdiction has not been definitively settled.

#### The Task of this Court

[21] If the Court determines that it is plain and obvious that this action fails to meet the requirements for the application of section 7 of the Charter, and is consequently certain to fail, the Court will not have to go any further. If the action is not struck out at that point, the Court will then have to decide whether the Crown immunity created by sections 8 and 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* and section 12 of the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C., 1985, c. G-5 is a plain and obvious bar to an action based on the Charter. If the Court concludes that the action is not certain to fail on that point, it will then have to decide whether the action should not, plainly and obviously, be brought before the administrative authorities established in various federal statutes (such as grievance arbitrators or the Minister) rather than in the Federal Court.

savoir si les faits allégués permettent de conclure à une violation de l'article 7 de la Charte. Elle plaide, notamment, que l'intimé n'a identifié dans sa déclaration aucun principe de justice fondamentale et que son action est en conséquence vouée à l'échec. Elle plaide, de façon subsidiaire, l'immunité de la Couronne et l'absence de compétence de la Cour fédérale, ainsi qu'un autre argument nouveau, soit que l'intimé n'a pas droit au redressement pécuniaire qu'il réclame en l'absence d'allégation de fautes lourdes ou intentionnelles.

[20] L'intimé s'objecte, pour sa part, à l'introduction au niveau de l'appel d'un argument nouveau. De toute manière, il a soutenu à l'audience que la déclaration révèle une atteinte à deux principes qui, selon lui, peuvent être qualifiés de principes de justice fondamentale, soit l'interdiction faite à l'État de poser des gestes arbitraires et l'obligation faite aux employeurs de veiller à la sécurité de leurs employés. L'intimé plaide par ailleurs que dans *Dumont-Drolet*, notre Cour a décidé que n'était pas vouée à l'échec une cause d'action fondée sur une violation d'un droit garanti par la Charte. Il plaide enfin que la question de savoir qui, de la Cour fédérale ou d'arbitres de griefs, a compétence, n'est pas définitivement résolue.

#### Le mandat de cette Cour

[21] Si la Cour en vient à la conclusion que cette action, de façon évidente et manifeste, ne rencontre pas les conditions d'application de l'article 7 de la Charte et qu'elle est en conséquence vouée à l'échec, la Cour n'aura pas à aller plus loin. Si l'action n'est pas dès lors radiée, la Cour devra ensuite décider si l'immunité de la Couronne établie aux articles 8 et 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et l'article 12 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. (1985), ch. G-5 fait obstacle de façon évidente et manifeste à un recours fondé sur la Charte. Si la Cour en vient à la conclusion que le recours n'est pas non plus voué à l'échec sur ce dernier point, elle devra alors décider si le recours ne devrait pas, de façon évidente et manifeste, être dirigé vers les instances administratives établies dans diverses lois fédérales (tels les arbitres de griefs ou le ministre) plutôt que vers la Cour fédérale.

## PREMISES

[22] My analysis will be based on the following premises.

Treatment of a Motion to Strike

[23] A motion to strike a pleading under paragraph 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] on the ground that it discloses no reasonable cause of action will be allowed only if, assuming the facts alleged in the statement of claim to be true, the judge concludes that the outcome of the case is “plain and obvious” or “beyond reasonable doubt” (see *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, Wilson J. at page 980). It is clear from what Madam Justice Wilson said that the power to strike out pleadings must be exercised with considerable caution and reluctance and that neither the length or complexity of the issues nor the novelty of the cause of action should prevent a plaintiff from proceeding with his or her action.

[24] That does not mean, however, that a party who advances an unprecedented cause of action will have an easy time of it at the motion to strike stage. The courts are certainly prepared to give such a party his or her day in court, but the cause of action, novel as it may be, must still have some chance of being recognized at the end of the road. A cause of action is not “reasonable” simply because it has not yet been explored. The courts must not naively assume that something novel is or may be part of the normal course of evolution in the law. For instance, in order to determine whether a case arises out of an employer-employee relationships, the facts giving rise to the dispute must be considered, and not the “characterization of the wrong” alleged; otherwise, “innovative pleaders” could “evade the legislative prohibition on parallel court actions by raising new and imaginative causes of action” (*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paragraph 49; *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146, at paragraph 11 and *Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2005] 1 S.C.R. 667, at paragraph 93). In *Vaughan*, according to Mr. Justice Binnie, the appellant had undoubtedly felt obliged “to frame his action, with a degree of

## QUELQUES PRÉMISSSES

[22] Mon analyse s’appuiera sur les prémisses suivantes.

Traitement d’une requête en radiation

[23] Une requête en radiation d’un acte de procédure présentée en vertu de l’alinéa 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] pour le motif qu’il n’existe pas de cause d’action valable, ne sera accueillie que si, tenant les faits allégués dans la déclaration comme avérés, le juge en arrive à la conclusion que l’issue de l’affaire est « évidente et manifeste » ou « au delà de tout doute raisonnable » (voir *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.S.C. 959, la juge Wilson à la page 980). Il ressort clairement des propos de la juge Wilson que c’est avec beaucoup de prudence et d’hésitation que le pouvoir de radier des procédures doit être exercé et que ni la longueur ou la complexité des questions, ni la nouveauté de la cause d’action ne devraient empêcher un demandeur d’exercer son action.

[24] Cela ne veut pas dire, pour autant, que le plaideur qui invoque une cause inédite d’action aura la vie plus facile au stade d’une requête en radiation. Les cours sont certes prêtes à donner une chance au coureur, mais encore faut-il que la cause d’action, si nouvelle soit-elle, ait quelque chance d’être reconnue en bout de piste. Une cause d’action n’est pas « valable » tout simplement parce qu’elle n’a pas encore été explorée. Les cours ne doivent pas naïvement supposer que ce qui est nouveau s’inscrit ou pourra s’inscrire dans l’évolution normale du droit. Ainsi, par exemple, pour déterminer si un litige découle de la relation employeur-employé, c’est aux faits qui donnent naissance au litige qu’il faut s’attarder, et non pas « à la qualité du tort » allégué, sans quoi les « plaideurs innovateurs » pourraient « se soustraire à l’interdiction législative touchant les actions en justice parallèles en invoquant des causes d’action nouvelles et ingénieuses » (*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, au paragraphe 49; *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146, au paragraphe 11 et *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 93). Dans *Vaughan*, selon le juge Binnie, l’appelant s’était sans doute senti obligé, afin de contourner la *Loi*

artificiality, in the tort of negligence” (paragraph 11) to circumnavigate the *Crown Liability and Proceedings Act*, which did not stop the Court from striking the action brought on a preliminary motion.

[25] In the context of a remedy sought under the Charter, it is worthwhile to refer to Chief Justice Dickson’s remarks in *Operation Dismantle*, at page 450:

I agree . . . that, regardless of the basis upon which the appellants advance their claim for declaratory relief—whether it be s. 24(1) of the *Charter*, s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, or the common law—they must at least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*.

In short then, for the appellants to succeed on this appeal, they must show that they have some chance of proving that the action of the Canadian government has caused a violation or a threat of violation of their rights under the *Charter*.

[26] It also goes without saying that it is the facts that are assumed to be true, not the facts as they may be interpreted by the plaintiff in his statement of claim or the legal assertions that he may make in it.

[27] Moreover, where the failure to disclose a reasonable cause of action arises from the fact that the Court does not have jurisdiction over the case, if the lack of jurisdiction is indeed plain and obvious, the action must certainly be struck out.

[28] As a final point, I note that although the Crown started out by also basing its motion to strike on paragraph 221(1)(f) [of the Rules] (“abuse of process”), it did not really make any argument on that point, and like Mr. Justice Blanchard, I will disregard it.

#### Standard for Review of a Discretionary Decision

[29] Mr. Justice Blanchard’s decision to allow the proceedings to continue is discretionary, and this Court will intervene only if the decision was based on an error

*sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, de « présenter son action de façon un peu artificielle comme une action en responsabilité délictuelle fondée sur la négligence » (au paragraphe 11). Ce qui n’a pas empêché la Cour de radier, sur requête préliminaire, l’action intentée.

[25] Dans le contexte d’un redressement recherché en vertu de la Charte, il sera utile de rappeler ce que le juge Dickson [tel était alors son titre] disait dans *Operation Dismantle*, à la page 450 :

Je conviens [. . .] qu’indépendamment du fondement qu’invocent les appelants pour faire valoir leur demande de jugement déclaratoire—que ce soit le par. 24(1) de la *Charte*, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou la *common law*—ils doivent à tout le moins être à même de démontrer qu’il y a une menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*.

En bref donc, pour que les appelants aient gain de cause dans ce pourvoi ils doivent montrer qu’ils ont quelques chances de prouver que l’action du gouvernement canadien a porté atteinte à leurs droits en vertu de la *Charte* ou menace de le faire.

[26] Est-il nécessaire, aussi, de rappeler que ce sont les faits qui sont tenus comme avérés, et non l’interprétation que peut en faire le demandeur dans sa déclaration, non plus que les affirmations de droit qu’il y peut énoncer?

[27] Par ailleurs, lorsque l’absence de cause d’action valable tient à l’absence de compétence de la Cour sur le litige, il est certain que si absence évidente et manifeste de compétence il y a, l’action doit être radiée.

[28] Je note, enfin, que même si la Couronne, au départ, appuyait aussi sa requête en radiation sur l’alinéa 221(1)(f) [des Règles] (« abus de procédure »), elle n’a pas véritablement avancé d’arguments sur ce point et à l’instar du juge Blanchard, je l’ignorerai.

#### Norme de contrôle d’une décision discrétionnaire

[29] La décision du juge Blanchard de laisser les procédures se poursuivre est discrétionnaire et cette Cour n’interviendra que si la décision est fondée sur une

of law or if the discretion was exercised erroneously, that is, if the judge did not place sufficient or any weight on relevant considerations, or if he had regard to irrelevant factors or failed to have regard to relevant factors (see *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, [2005] 3 F.C.R. 367 (F.C.A.)).

[30] Accordingly, where, as well, the judge finds that a cause of action is at the very least doubtful, and therefore worthy of continuing to trial, when in reality it is plainly and obviously without merit, this Court will have to intervene. If, for example, there is no possibility that the violation of section 7 or the existence of an appropriate and just remedy could be established at trial, or if the Court is clearly without jurisdiction in the circumstances, the statement of claim will have to be struck out.

#### The Orders in Council

[31] There have been no applications in the Federal Court for judicial review of the orders in council made by the Government of Canada under the powers granted by paragraph 31(1)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, which allowed peacekeeping missions to be deployed in Namibia and in the former Yugoslavia in 1989 and 1992. In theory, such applications would have been possible (see *Operation Dismantle*). Counsel for the respondent acknowledged at the hearing that he recognized that the orders in council were lawful, but challenged the way they had been applied; that statement seems to contradict the allegation made in paragraph 84 of the statement of claim, that [TRANSLATION] “these discriminatory acts arose out of the orders in council made, which require your plaintiff to go on missions that were not based on any lawful order or on any of the principles of justice that exist in Canada”.

[32] This Court recently held, in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287, that a plaintiff could not use an action in damages to mount a collateral attack against the decision of a federal tribunal where the decision had not already been declared to be unlawful in a timely application for judicial review. At paragraph 61, Mr.

erreur de droit ou si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, i.e. si le juge n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou n'en a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes ou s'il a pris en compte des facteurs non pertinents ou s'il a omis de prendre en compte des facteurs pertinents (voir *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, [2005] 3 R.C.F. 367 (C.A.F.)).

[30] Ainsi, dans la mesure, aussi, où le juge aurait jugé à tout le moins douteuse, et donc digne de continuation jusqu'à procès, une cause d'action qui, en réalité, serait évidemment et manifestement mal fondée, cette Cour devra intervenir. Si, par exemple, il n'existe aucune chance que la violation de l'article 7 ou l'existence d'une réparation convenable et juste puisse être établie au procès ou si la Cour est clairement incompétente dans les circonstances, la déclaration devra être radiée.

#### Les décrets gouvernementaux

[31] Les décrets adoptés par le Gouvernement du Canada en vertu des pouvoirs que lui confère l'alinéa 31(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60] de la *Loi sur la défense nationale* (L.R.C. (1985), ch. N-5) qui ont permis le déploiement de missions de paix en Namibie et en ex-Yougoslavie en 1989 et 1992, n'ont pas fait l'objet de demandes de contrôle judiciaire en Cour fédérale. De telles demandes étaient, en principe, permises (voir *Operation Dismantle*). Le procureur de l'intimé a reconnu à l'audience qu'il reconnaissait la légalité des décrets, mais qu'il s'en prenait à leur mise à exécution; cette affirmation paraît contredire l'allégation faite au paragraphe 84 de la déclaration, qui veut que « ces actes discriminatoires découlent de l'adoption de décrets qui imposent à votre demandeur des missions qui ne répondent à aucun ordre légitime ou qui ne se fondent sur aucun des principes de justice existants au Canada ».

[32] Cette Cour a récemment établi, dans *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287, qu'un demandeur ne pouvait se servir d'une action en dommages-intérêts pour attaquer collatéralement la décision d'un office fédéral dont l'illégalité n'aurait pas été préalablement déclarée dans le cadre d'une demande de contrôle

Justice Létourneau pointed out that the fact that a decision of a federal tribunal is lawful forecloses a finding of negligence in respect of the decision, and that moreover, even a finding that such a decision was unlawful does not necessarily entail a finding of fault or negligence and would not necessarily result in a finding of liability.

[33] I am of the opinion that the same reasoning leads to the conclusion that a plaintiff cannot rely on the Charter to claim a remedy under the Charter based on the alleged illegality of a decision of a federal tribunal that has not already been declared invalid or unlawful in an application for judicial review.

#### Crown Immunity

[34] Counsel for the respondent acknowledged that were it not for the allegation of a violation of Charter rights, the respondent, as a government employee, would have no right of action in liability against the Crown, his employer, by the combined operation of the *Crown Liability and Proceedings Act*, the *Government Employees Compensation Act* (sections 3, 4 [as am. by S.C. 1996, c. 10, s. 229.3] and 12), the *Royal Canadian Mounted Police Act* and the Regulations under that Act (*Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361) and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C., c. R-11, section 34 [as am. by S.C. 1998, c. 11, s. 4] (see *Sarvanis v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 921). Because Mr. Justice Blanchard held, at paragraph 14 of his reasons, that “the pension or compensation paid has the same factual basis as the actions”, that would mean, following the reasoning of the Supreme Court of Canada in *Sarvanis*, that absent the allegation of a Charter violation, Crown immunity would apply. (See also *Lawrence v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (1997), 125 F.T.R. 94 (F.C.T.D.); *R. v. Canada (Solicitor General)*, [1999] N.S.J. No. 263 (Prov. Ct.) (QL), affd (2001), 192 N.S.R. (2d) 18 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 173 (QL).

judiciaire déposée en temps utile. Le juge Létourneau, au paragraphe 61, rappelait que la légalité d’une décision d’un office fédéral excluait la possibilité d’une conclusion de négligence relativement à la prise de cette décision et qu’en plus, même une conclusion d’illégalité d’une telle décision ne mènerait pas nécessairement à une conclusion de faute ou de négligence et n’entraînerait pas nécessairement une conclusion de responsabilité.

[33] Je suis d’avis que cette même logique conduit à la conclusion qu’on ne saurait s’appuyer sur la Charte et réclamer un redressement en vertu de celle-ci pour cause d’illégalité alléguée d’une décision d’un office fédéral qui n’aurait pas préalablement été déclarée nulle ou illégale dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire.

#### Immunité de la Couronne

[34] Le procureur de l’intimé reconnaît que n’eût été de l’allégation de violation de droits garantis par la Charte, l’agent de l’État qu’est l’intimé n’aurait aucun droit d’action en responsabilité contre la Couronne, son employeur, et ce par le jeu combiné de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, de la *Loi sur l’indemnisation des agents de l’État* (articles 3, 4 [mod. par L.C. 1996, ch. 10, art. 229.3] et 12), de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, et du Règlement adopté en vertu d’icelle (*Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-36 et de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (L.R.C. (1985), ch. R-11, article 34 [mod. par L.C. 1998, ch. 11, art. 4] (voir *Sarvanis c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 921). Or, comme le juge Blanchard a conclu, au paragraphe 14 de ses motifs, que « la pension ou l’indemnité payée a le même fondement factuel que l’action », cela signifierait, selon le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Sarvanis*, que sans l’allégation de violation de la Charte, il y aurait immunité de l’État. (Voir, aussi, *Lawrence c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, [1997] A.C.F. n° 75 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *R. v. Canada (Solicitor General)*, [1999] N.S.J. No. 263 (C.P.) (QL); conf. par (2001), 192 N.S.R. (2d) 18 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée et [2001] S.C.C.A n° 173 (QL).

[35] The purpose of immunity from actions against the employer that is associated with workers' compensation schemes has been explained repeatedly (see, *inter alia*, *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345). This immunity is the result of what is called an historic compromise, under which workers lose their cause of action against their employer in exchange for compensation that is not dependent on either the employer's liability or its ability to pay. That immunity is regarded as essential to the very existence of workers' compensation schemes. A possible consequence of the immunity is that a worker will receive less compensation than he or she would perhaps have received by applying to the courts, and one of the purposes of that immunity is to prevent an employee from going to court to attempt to obtain the difference between the value of the harm actually suffered and the value of the compensation paid to the worker under the scheme.

[36] The constitutional validity of schemes of that nature, in relation to sections 7 and 15 of the Charter, has been recognized many times: see *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Budge v. Alberta (Workers/Workmen's Compensation Board)* (1991), 111 A.R. 228 (A.C.A.).

[37] It does not seem that the Supreme Court of Canada has, to date, had to decide whether this Crown immunity applied against remedies sought under the Charter. In *Béliveau St-Jacques*, the Court held that the immunity applied against section 49 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* [R.S.Q., c. C-12], a quasi-constitutional enactment.

#### Violation of the Right to Security of the Person

[38] Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[35] La raison d'être de l'immunité de poursuite contre l'employeur qui est attachée aux régimes d'indemnisation des accidents du travail a été expliquée à maintes reprises (voir, notamment, *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345). Cette immunité résulte d'un compromis qualifié d'historique en vertu duquel les travailleurs perdent leur cause d'action contre leur employeur en échange d'une indemnité qui ne dépendrait ni de la responsabilité de l'employeur ni de sa capacité de payer. Cette immunité est considérée comme essentielle à l'existence même des régimes d'indemnisation d'accidents du travail. Une conséquence possible de cette immunité est qu'un travailleur reçoive une indemnité inférieure à celle qu'il aurait, peut-être, reçue s'il s'était adressé aux tribunaux, et l'un des objets recherchés par cette immunité est d'empêcher qu'un travailleur tente d'obtenir devant une cour de justice la différence entre la valeur du préjudice qu'il a réellement subi et celle de l'indemnité qui lui a été versée dans le cadre du régime.

[36] La validité constitutionnelle de tels régimes, eu égard aux articles 7 et 15 de la Charte, a souventes fois été reconnue : voir *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Budge v. Alberta (Workers/Workmen's Compensation Board)* (1991), 111 A.R. 228 (Cour d'appel de l'Alberta).

[37] Il ne semble pas que la Cour suprême du Canada ait à ce jour eu à décider si cette immunité de l'État valait à l'encontre de redressements recherchés en vertu de la Charte. Dans *Béliveau St-Jacques*, la Cour a décidé que l'immunité valait à l'encontre de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* [L.R.Q., ch. C-12], une disposition de nature quasi-constitutionnelle.

#### L'atteinte au droit à la sécurité de la personne

[38] L'article 7 de la Charte prescrit que :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[39] As Mr. Justice Bastarache said in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 47 *et seq.*, the plaintiff must first prove that the right asserted is a right under section 7, i.e. that there has been a deprivation of his or her right to life, liberty or security, and then prove that the deprivation is contrary to the principles of fundamental justice.

[40] Security of the person—which is what concerns us here—includes physical and psychological security. In the case of psychological security, as Mr. Justice Bastarache said at paragraph 57, security of the person is restricted to “serious state-imposed psychological stress”.

[41] With respect to the principles of fundamental justice, Mr. Justice Bastarache said, at paragraphs 45-46:

Although there have been some decisions of this Court which may have supported the position that s. 7 of the *Charter* is restricted to the sphere of criminal law, there is no longer any doubt that s. 7 of the *Charter* is not confined to the penal context. This was most recently affirmed by this Court in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, where Lamer C.J. stated that the protection of security of the person extends beyond the criminal law (at para. 58). He later added (at para. 65):

... s. 7 is not limited solely to purely criminal or penal matters. There are other ways in which the government, in the course of the administration of justice, can deprive a person of their s. 7 rights to liberty and security of the person, i.e., civil committal to a mental institution: . . .

Section 7 can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is “state action which directly engages the justice system and its administration” (*G. (J.)*, at para. 66). If a case arises in the human rights context which, on its facts, meets the usual s. 7 threshold requirements, there is no specific bar against such a claim and s. 7 may be engaged.

[42] The concept of “principle of fundamental justice” was defined by Gonthier and Binnie JJ. in *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraphs 112-113, as follows:

[39] Ainsi que le précise le juge Bastarache dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, aux paragraphes 47 *et seq.*, le demandeur doit d’abord prouver que le droit qu’il allègue relève de l’article 7, i.e. qu’il y a eu atteinte à sa vie, à sa liberté et à sa sécurité, et ensuite que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

[40] La sécurité de la personne—c’est cela qui nous intéresse ici—comprend l’intégrité physique et l’intégrité psychologique. Dans ce dernier cas, de dire le juge Bastarache au paragraphe 57, la sécurité de la personne se limite à la « tension psychologique grave causée par l’État ».

[41] En ce qui concerne les principes de justice fondamentale, le juge Bastarache s’est exprimé comme suit, aux paragraphes 45 et 46 :

Même si, dans certains arrêts, notre Cour a pu adhérer au point de vue que l’art. 7 de la *Charte* ne s’applique que dans le domaine du droit criminel, il ne fait plus aucun doute que cette disposition n’est pas limitée au contexte pénal. C’est ce que confirmait tout récemment notre Cour dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, où le juge en chef Lamer a affirmé que la protection de la sécurité de la personne déborde le cadre du droit criminel (au par. 58). Plus loin, il a ajouté ce qui suit (au par. 65) :

... l’art. 7 n’est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l’administration de la justice, il existe d’autres façons par lesquelles l’État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7, par exemple l’internement dans un établissement psychiatrique [. . .]

L’article 7 peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d’un « acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l’administration de la justice » (*G. (J.)*, au par. 66). Rien ne s’oppose à ce que cet article s’applique à une affaire en matière des droits de la personne qui, sur le plan des faits, respecte les conditions préliminaires de son application.

[42] Le concept de « principe de justice fondamentale » a été défini comme suit dans *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, aux paragraphes 112 et 113, par les juges Gonthier et Binnie :

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. (as he then was) explained that the principles of fundamental justice lie in “the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system” (p. 503). This Court provided further guidance as to what constitutes a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, in *Rodriguez*, *supra*, per Sopinka J. (at pp. 590-91 and 607):

A mere common law rule does not suffice to constitute a principle of fundamental justice, rather, as the term implies, principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice are required. Principles of fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles.

...

While the principles of fundamental justice are concerned with more than process, reference must be made to principles which are “fundamental” in the sense that they would have general acceptance among reasonable people. (Emphasis added.)

The requirement of “general acceptance among reasonable people” enhances the legitimacy of judicial review of state action, and ensures that the values against which state action is measured are not just fundamental “in the eye of the beholder only”: *Rodriguez*, at pp. 607 and 590 (emphasis in original). In short, for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. [Emphasis is mine.]

In that case, the Court refused to consider as a principle of fundamental justice the “harm principle”, according to which the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the

Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer (plus tard juge en chef) a expliqué que les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » (p. 503). Dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, le juge Sopinka a précisé davantage en quoi consistent les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 (aux p. 590-591 et 607) :

Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques.

[. . .]

Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. [Nous soulignons.]

La condition requérant que les principes soient « généralement acceptés parmi des personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » : *Rodriguez*, p. 607 et 590 (souligné dans l'original). En résumé, pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. [Mon soulignement.]

Dans cette affaire, la Cour a refusé de considérer comme un principe de justice fondamentale, « le principe du préjudice » en vertu duquel les hommes ne sont autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver

liberty of action of any of their number, is self-protection.

[43] The Supreme Court of Canada again considered this issue a few months later, in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, in which it held that the legal principle of the “best interests of the child” was not a principle of fundamental justice (at paragraph 8):

Jurisprudence on s. 7 has established that a “principle of fundamental justice” must fulfill three criteria: *R. v. Marmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113. First, it must be a legal principle. This serves two purposes. First, it “provides meaningful content for the s. 7 guarantee”; second, it avoids the “adjudication of policy matters”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Second, there must be sufficient consensus that the alleged principle is “vital or fundamental to our societal notion of justice”: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590. The principles of fundamental justice are the shared assumptions upon which our system of justice is grounded. They find their meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens. Society views them as essential to the administration of justice. Third, the alleged principle must be capable of being identified with precision and applied to situations in a manner that yields predictable results. Examples of principles of fundamental justice that meet all three requirements include the need for a guilty mind and for reasonably clear laws.

[44] And then, in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, the Court refused, as follows (at paragraph 66), to consider refusal to fund treatment as a principle of fundamental justice:

Section 7 was raised only fleetingly in written and oral submissions before this Court. The petitioners do not clearly identify the principle of fundamental justice which they allege to have been breached by the denial of funding for Lovaas or other ABA/IBI-based therapy. Nor do they argue that the denial of funding or the statutory scheme violate the prohibition against arbitrariness or requirements for procedural safeguards. To accede to the petitioners’ s. 7 claim would take us beyond the parameters discussed by this Court

la liberté d’action de quiconque que pour assurer leur propre protection.

[43] La Cour suprême du Canada est revenue à la charge, quelques mois plus tard, dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, où elle a décidé que le principe juridique que constitue « le meilleur intérêt de l’enfant » ne constituait pas un principe de justice fondamentale (au paragraphe 8) :

La jurisprudence relative à l’art. 7 a établi qu’un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions » *R. c. Marmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s’agir d’un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D’une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 »; d’autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d’un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État. La société les juge essentiels à l’administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d’une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires.

[44] Puis, dans *Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, la Cour a refusé en ces termes (au paragraphe 66) de considérer comme un principe de justice fondamentale le refus de financer une thérapie :

Dans les observations écrites et les plaidoiries présentées à notre Cour, les requérants font à peine mention de l’art. 7. Ils ne précisent pas quel principe de justice fondamentale aurait été enfreint par le refus de financer la thérapie Lovaas ou toute autre thérapie ABA/ICI. Ils ne font pas non plus valoir que le refus de débloquer des fonds ou le régime législatif était arbitraire ou ne respectait pas les garanties procédurales. Faire droit à leur demande fondée sur l’art. 7 nous entraînerait au-delà des paramètres que notre Cour a examinés dans l’arrêt

in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 8. The record before us does not support taking this step.

[45] In *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, Chief Justice McLachlin and Major and Bastarache JJ. stated that in their opinion it is a principle of fundamental justice that the state is not permitted to make arbitrary laws (at paragraph 129). They concluded that in that case, the prohibition on taking out private health insurance was arbitrary. Binnie, LeBel and Fish JJ., on the other hand, concluded that while section 7 might apply outside the context of criminal law and the administration of justice (see *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, at paragraphs 78-80; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pages 1171-1174; *Blencoe*), it is up to the plaintiff to identify the principle of fundamental justice on which he or she intends to rely, that requirement being “[t]he real control over the scope and operation of s. 7” (paragraph 199, underlining in original). In that case, they concluded that the objective of access to a reasonable standard of health care within a reasonable time is not a legal principle, there is no societal consensus about what it means or how to achieve it, and it cannot be identified with precision (paragraph 209).

#### Administrative Remedies

[46] In this case, Mr. Prentice could have exercised his rights under a number of statutory schemes:

(a) the grievance procedures set out in Part III of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, given that the plaintiff is asserting causes of action that arose in the course of the performance of his duties in the RCMP;

(b) the process set out in Part II of the *Canada Labour Code*, which requires that the RCMP protect its

*R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113 et dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, au par. 8. Le dossier dont nous sommes saisis en l’espèce ne justifie pas cette démarche.

[45] Dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, la juge en chef McLachlin, le juge Major et le juge Bastarache se sont dit d’avis que constitue un principe de justice fondamentale l’interdiction qui est faite à l’État d’adopter des règles de droit arbitraires (au paragraphe 129). Ils ont conclu qu’en l’espèce l’interdiction de souscrire à une assurance médicale privée était arbitraire. Les juges Binnie, LeBel et Fish concluent pour leur part que bien que l’article 7 puisse s’appliquer en dehors du contexte du droit criminel et de l’administration de la justice (voir *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, aux paragraphes 78 à 80; *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pages 1171 à 1174; *Blencoe*) il appartient au demandeur d’identifier le principe de justice fondamentale sur lequel il entend s’appuyer, cette exigence constituant « le seul mécanisme de contrôle efficace de la portée et de l’application de l’art. 7 » (paragraphe 199; souligné dans l’original). En l’espèce, concluent-ils, l’objectif d’accès dans un délai raisonnable à des soins de santé de qualité raisonnable n’a pas de caractère juridique, il ne fait pas l’objet de consensus eu égard au sens de cet objectif et à la façon de l’atteindre et il ne peut être identifié avec précision (paragraphe 209).

#### Les recours de nature administrative

[46] M. Prentice aurait pu, en l’espèce, se prévaloir de différents régimes législatifs pour faire valoir ses droits :

a) la procédure de grief prévue à la partie III de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, compte tenu du fait que le demandeur invoque des causes d’action survenues dans le cadre de l’exercice de ses fonctions dans la GRC;

b) le processus prévu à la partie II du *Code canadien du travail*, qui oblige la GRC à protéger la santé et la

members' health and safety or be liable to significant penalties (see sections 124 [as am. by S.C. 2000, c. 20, s. 5] *et seq.*, 148 [as am. *idem*, s. 14]);

(c) the complaint procedure set out in section 40 [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 47; 1998, c. 9, s. 23] of the *Canadian Human Rights Act*, to assert discrimination on the basis of health;

(d) the procedure set out in paragraph 19(a), and sections 20 [as am. by SOR/91-177, s. 1; 94-219, s. 7; 95-535, s. 1; 97-233, s. 1], 22 and 28 [as am. by SOR/94-219, s. 10; 97-233, s. 2] of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988* relating to discharge for medical reasons;

(e) compensation for temporary injury or illness under section 39 [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 80; 1999, c. 34, s. 204; 2003, c. 26, s. 63] of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* and section 4 of the *Government Employees Compensation Act*;

(f) compensation for permanent injury or illness under section 32 [as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 46] of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

There is nothing in the record to suggest that Mr. Prentice took any action under any of those provisions. According to paragraph 49 of the amended statement of claim, he used the grievance procedure, in 1998, [TRANSLATION] “for an injustice committed against him”, but was told not to use that procedure again, and followed that advice.

#### Workers' Compensation and the Jurisdiction of the Arbitrator

[47] It seems clear to me, as it did to Mr. Justice Binnie in *Vaughan*, that notwithstanding the way his statement of claim is framed, the dispute in this case arises out of the employment relationship between the respondent and the RCMP.

[48] A claim can be made under a worker's compensation scheme for various kinds of

sécurité de ses membres, sous peine de sanctions importantes (voir articles 124 [mod. par L.C. 2000, ch. 20, art. 6] *et seq.*, 148 [mod., *idem*, art. 14]);

c) la procédure de plainte prévue à l'article 40 [mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 47; 1998, ch. 9, art. 23] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, afin de faire valoir l'allégation de discrimination basée sur l'état de santé;

d) la procédure prévue à l'alinéa 19a) et aux articles 20 [mod. par DORS/91-177, art. 1; 94-219, art. 7; 95-535, art. 1; 97-233, art. 1], 22 et 28 [mod. par DORS/94-219, art. 10; 97-233, art. 2] du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)* portant sur la libération pour raison médicale;

e) les indemnités pour blessures ou maladies temporaires en vertu de l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 80; 1999 ch. 34, art. 204; 2003, ch. 26, art. 63] de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, et de l'article 4 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*;

f) les indemnités pour blessures ou maladies permanentes prévues à l'article 32 [mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 46] de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

Rien au dossier ne permet de croire que M. Prentice se soit prévalu de l'une ou l'autre de ces dispositions. Selon le paragraphe 49 de la déclaration amendée, il aurait eu recours au processus de grief, en 1998, « pour une injustice qui lui avait été commise », mais se serait fait dire de ne plus utiliser ce processus, conseil qu'il aurait suivi.

#### Accidents du travail et compétence de l'arbitre

[47] À l'instar du juge Binnie dans *Vaughan*, il m'apparaît évident qu'en dépit des termes utilisés par l'intimé dans sa déclaration, le litige ici, découle de la relation d'emploi entre l'intimé et la GRC.

[48] Une réclamation faite dans le cadre de régimes d'accident du travail permet de recouvrer toutes espèces

compensation, including compensation for harassment (see *Béliveau St-Jacques*) or, psychological trauma (see *Rees v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 79 (Newfoundland Court of Appeal), and compensation for aggravation of injuries after an injury in the course of employment (see *Kovach v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 S.C.R. 55 and *Lindsay v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 S.C.R. 59.

[49] In labour relations cases, the exclusive jurisdiction of the arbitrator model applies, where the dispute between the parties, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement (*Weber*, at paragraphs 50-58), or, in its essential character, arises from a statutory scheme (*Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, at paragraph 26), or, in its essential character, arises from a scheme established by the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35] (*Vaughan*, at paragraph 15; *Vaid*, at paragraph 93).

[50] The courts, however, retain jurisdiction if the scheme established by the statute does not provide for the remedy sought (*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at page 724; *Weber*, at paragraph 57; *Vaughan*, at paragraph 30).

[51] It has now been recognized that an arbitrator has jurisdiction to apply the Charter on the same basis as the other laws of the country (*Weber*, at paragraph 61; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at page 597):

In applying the law of the land to the disputes before them, be it the common law, statute law or the *Charter*, arbitrators may grant such remedies as the Legislature or Parliament has empowered them to grant in the circumstances. For example, a labour arbitrator can consider the *Charter*, find laws inoperative for conflict with it, and go on to grant remedies in the exercise of his powers under the Labour Code . . . If an arbitrator can find a law violative of the Charter, it would seem he or she can determine whether conduct in the

d'indemnité, dont celles pour cause de harcèlement (voir *Béliveau St-Jacques*) ou de traumatisme psychologique (voir *Rees v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 79 (Cour d'appel de Terre-Neuve), ainsi que celles résultant d'aggravations survenues après la survenance de l'accident de travail (voir *Kovach c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 R.C.S. 55; et *Lindsay c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [2000] 1 R.C.S. 59.

[49] En matière de relations de travail, le modèle de la compétence exclusive de l'arbitre s'applique, dès lors que le différend opposant les parties découle, dans son essence, de l'interprétation, de l'approbation, de l'administration ou de la violation d'une convention collective (*Weber*, aux paragraphes 50 à 58), ou découle dans son essence d'un régime établi par la loi (*Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, au paragraphe 26), ou découle dans son essence du régime établi par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-35] (*Vaughan*, au paragraphe 15; *Vaid*, au paragraphe 93).

[50] Les tribunaux conservent toutefois leur compétence si le régime prévu par la loi n'offre pas la réparation demandée (*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, à la page 724; *Weber*, au paragraphe 57; *Vaughan*, au paragraphe 30).

[51] Il est maintenant reconnu qu'un arbitre a compétence pour appliquer la Charte au même titre que les autres lois du pays (*Weber*, au paragraphe 61; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*), [1990] 3 R.C.S. 570, à la page 597) :

Dans l'application du droit du pays aux litiges qui lui sont soumis, que ce soit la common law, le droit d'origine législative ou la Charte, l'arbitre peut accorder les réparations que la législature ou le Parlement l'a habilité à accorder dans les circonstances. Ainsi, un arbitre peut considérer la Charte, conclure que sont inopérantes les lois qui n'y sont pas conformes, puis accorder des réparations dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le *Code du travail* [ . . . ] . Si un arbitre peut conclure qu'une loi porte atteinte à la Charte, il

administration of the collective agreement violates the Charter and likewise grant remedies. [Underlining added.]

[52] As Mr. Justice Gonthier said, speaking for the Court in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 3:

Administrative tribunals which have jurisdiction—whether explicit or implied—to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. This presumption may only be rebutted by showing that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's authority over questions of law.

See also *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585.

[53] An arbitrator is also a tribunal of competent jurisdiction, if his or her enabling statute authorizes it to award damages for a Charter violation, “assuming that damages are an appropriate remedy for a *Charter* breach” (*Weber*, at paragraphs 62 and 75; see also *Boucher v. Stelco Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 279, at paragraph 29).

## ANALYSIS

### Section 7 of the Charter

[54] The appellant's position in this appeal puzzles me and puts the Court and the respondent in an uncomfortable situation. If it is obvious that the action based on section 7 of the Charter has no chance of success, in itself, because no principle of fundamental justice has been identified, how is it that the Crown did not make this one of the grounds for its amended motion to strike? By raising this argument for the first time in the appeal, and by further making it its principal argument, is the Crown not trying to re-amend its motion to strike, to short-circuit the system, and to ask this Court to decide a question that is crucial to the respondent without the benefit of reasons having been given by a judge of the Federal Court?

semble qu'il puisse déterminer si un comportement dans l'administration de la convention collective viole la Charte et également accorder des réparations. [Soulignement ajouté.]

[52] Ainsi que le note le juge Gonthier parlant au nom de la Cour dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 3 :

Les tribunaux administratifs ayant compétence—expresse ou implicite—pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve que le législateur avait manifestement l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que les tribunaux administratifs possèdent à l'égard des questions de droit.

Voir, aussi *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585.

[53] Un arbitre est aussi un tribunal compétent, si sa loi habilitante l'y autorise, pour accorder des dommages-intérêts pour une violation de la Charte, « en supposant qu'il convient d'accorder des dommages-intérêts dans un tel cas » (*Weber*, aux paragraphes 62 et 75) (voir, aussi, *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, au paragraphe 29).

## ANALYSE

### L'article 7 de la Charte

[54] La position de l'appelante, dans cet appel, me laisse perplexe et place la Cour et l'intimé dans une situation inconfortable. S'il est si évident que le recours fondé sur l'article 7 de la Charte n'a en lui-même aucune chance de succès parce qu'aucun principe de justice fondamentale n'aurait été identifié, comment se fait-il que la Couronne n'en ait pas fait un des motifs de sa requête amendée en radiation? En plaidant pour la première fois cet argument au niveau de l'appel et en en faisant de surcroît son argument principal, la Couronne ne cherche-t-elle pas à amender de nouveau sa requête en radiation, à court-circuiter le système et à demander à cette Cour de décider d'une question vitale pour la partie intimée sans avoir le bénéfice de motifs d'un juge de la Cour fédérale?

[55] Paragraph 359(c) of the Rules requires that a notice of motion “set out” “the grounds intended to be argued”, and paragraph 364(2)(e) requires that a motion record contain “written representations”. There is a reason for those rules, and it is to ensure that the moving party identifies the grounds that it is arguing sufficiently precisely that the opposing party knows what it will have to respond to and the Court knows what to expect at the hearing (if, of course, there is a hearing) and can prepare accordingly.

[56] Striking out an action on a preliminary motion is an extreme measure, and the Court is entitled to expect that the moving party will not act lightly and will lay out all its ammunition at the outset. The moving party should not be able to raise an argument on appeal that it apparently could not have raised, because it had not been asserted in pleadings, at the hearing in the first instance, particularly because it is difficult to argue that a judge has exercised his or her discretion improperly when the question was not even submitted to him or her. I am not saying that the Court of appeal will systematically refuse to hear a new argument by a moving party; I believe that the Court will always have discretion to do that, but it must be done without infringing on the opposing party’s rights. I am saying that a moving party who plays this game is playing with fire.

[57] In this case, having regard to the conclusion I have reached, which is essentially based on the decision in *Dumont-Drolet*, which both parties cited to their benefit, I do not have to decide whether or not I would have agreed to dispose of the new argument raised by the appellant.

#### The decision in *Dumont-Drolet*

[58] At paragraph 42 of his memorandum, counsel for the Crown stated that [TRANSLATION] “the effect of this appeal is to ask this Court to clarify and delineate the effect of its reasoning [in relation to the violation of section 7 of the Charter] in *Dumont and Drolet*”, and explained, at paragraph 43, that [TRANSLATION] “the appellant will argue that the effect given by the Motions Judge to the reasoning of this Court in *Dumont-Drolet* is not the effect that it has or, more importantly, that it can have”.

[55] L’alinéa 359c) des Règles exige qu’un avis de requête « précise » . . . « les motifs qui seront invoqués » et l’alinéa 364(2)e) exige un dossier de requête qui contient « les prétentions écrites du requérant ». Ces règles ont un but, qui est de s’assurer que le requérant identifie les motifs qu’il invoque avec suffisamment de précision pour que la partie adverse sache ce à quoi elle doit répondre et que la Cour sache ce qui l’attend à l’audience (si audience il y a, bien sûr) et se prépare en conséquence.

[56] La radiation d’une action par requête préliminaire est une mesure extrême et la Cour est en droit de s’attendre à ce que la partie requérante n’agisse pas à la légère et étale toutes ses armes dès le départ. La partie requérante ne devrait pas pouvoir soulever en appel un argument qu’elle n’aurait vraisemblablement pas pu soulever, faute de l’avoir plaidé, lors de l’audience en première instance. D’autant plus qu’il est difficile de soutenir qu’un juge a mal exercé sa discrétion quand la question ne lui avait même pas été soumise. Je ne dis pas que la Cour d’appel refusera systématiquement d’entendre un argument nouveau qu’invoquerait la partie requérante; elle aura toujours, je pense, la discrétion pour ce faire, mais dans le respect des droits de la partie adverse. Je dis que la partie requérante qui joue ce jeu joue avec le feu.

[57] En l’espèce, vu la conclusion à laquelle j’en arrive et qui se fonde essentiellement sur l’arrêt *Dumont-Drolet*, que les parties ont chacune invoqué à leur avantage, je n’ai pas à décider si j’aurais ou non accepté de me prononcer sur le nouvel argument soulevé par l’appelante.

#### L’arrêt *Dumont-Drolet*

[58] Le procureur de la Couronne estime, au paragraphe 42 de son mémoire, que « le présent appel a pour effet d’amener cette Cour à préciser et à circonscrire la portée de son raisonnement [relativement à la violation de l’article 7 de la Charte] dans les affaires *Dumont et Drolet* » et explique au paragraphe 43 que « l’appelante soutiendra que le juge des requêtes a donné au raisonnement de cette Cour dans *Dumont-Drolet* une portée juridique qu’il n’a pas ou surtout qu’il ne peut pas avoir ».

[59] Counsel for the respondent argued, at paragraphs 35-42 of his memorandum, that the decision of this Court in *Dumont-Drolet* established, as *res judicata*, that a claim under section 7 of the Charter could not be precluded by section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

[60] I am of the view that this appeal can be disposed of on the basis of the decision in *Dumont-Drolet*, well understood, although perhaps not necessarily disposed of in the way that either counsel had hoped.

[61] In *Dumont-Drolet*, the plaintiffs, who were both members of the Canadian Forces, had sought and obtained a pension under subsection 21(2) [as am. by S.C. 1990, c. 43, s. 8; 2000, c. 12, s. 212; c. 34, s. 21] of the *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, for disability resulting from their participation in peacekeeping missions abroad, and they were still able to submit new applications to the Minister.

[62] Accordingly, notwithstanding the fact that they were already receiving disability pensions and were in a position to claim payment of another pension, Mr. Dumont and Mr. Drolet brought an action in damages against the Crown for \$2,844,000 and \$3,017,712 respectively. The breaches alleged in their statements of claim were substantially the same as those alleged in this case, before Mr. Prentice amended his statement of claim, in reaction to the decision in *Dumont-Drolet*, to specify the nature of the alleged violation of section 7 of the Charter. (Counsel for Mr. Dumont and Mr. Drolet is the same person who represents Mr. Prentice.)

[63] The Crown brought a motion to strike on the ground that the actions sought to claim damages for disability caused by an injury or disease or an aggravation thereof that was attributable to or was incurred during such military service (section 21 of the *Pension Act*), that the disability entitled them to a pension and that under section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, no action could be brought against the Crown.

[59] Le procureur de l'intimé, pour sa part, plaide aux paragraphes 35 à 42 de son mémoire, que l'arrêt de cette Cour dans *Dumont-Drolet* a établi, avec l'autorité de la chose jugée, qu'une demande en vertu de l'article 7 de la Charte ne pouvait pas être écartée par l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

[60] Je suis d'avis que, bien compris, l'arrêt *Dumont-Drolet* permet de disposer de cet appel, encore que pas nécessairement de la manière qu'espéraient l'un et l'autre des procureurs.

[61] Dans *Dumont-Drolet*, les demandeurs, tous deux membres des Forces canadiennes, avaient demandé et obtenu en vertu du paragraphe 21(2) [mod. par L.C. 1990, ch. 43, art. 8; 2000, ch. 12, art. 212; ch. 34, art. 21] de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, que leur soit versée une pension pour invalidité résultant de leur participation à des missions de paix à l'étranger et il leur était encore possible de présenter au ministre de nouvelles demandes.

[62] Nonobstant, donc, le fait qu'ils recevaient déjà une pension d'invalidité et étaient en mesure de demander le paiement d'une autre, MM. Dumont et Drolet ont intenté une action en dommages contre la Couronne, pour des sommes respectives de 2 844 000 \$ et 3 017 712 \$. Les manquements allégués dans leurs déclarations sont substantiellement les mêmes que ceux allégués dans le présent dossier, avant que M. Prentice ne modifie sa déclaration, en réaction à l'arrêt *Dumont-Drolet*, de manière à préciser en quoi consistait la violation alléguée de l'article 7 de la Charte. (Le procureur de MM. Dumont et Drolet est celui-là même qui représente M. Prentice).

[63] La Couronne a présenté une requête en radiation pour le motif que les actions visent à réclamer des dommages pour invalidité causée par une blessure ou maladie ou son aggravation au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci (article 21 de la *Loi sur les pensions*), que cette invalidité donne droit à une pension et qu'en vertu de l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, aucune poursuite ne peut être intentée contre la Couronne.

[64] The Crown asked, in the alternative, under subsection 111(2) [as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 42] of the *Pension Act*, that if the Court concluded that the damages claimed were not covered by section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, it stay the actions [TRANSLATION] “so that the plaintiff can exhaust the remedies available to him in order that the bodies established by the *Pension Act* and the *Veterans Review and Appeal Board Act*, 1995, c. 18 could determine the plaintiff’s eligibility for a pension”.

[65] The Court concluded that because the factual basis for the plaintiffs’ statements of claim was the same as for the pension they were receiving or might receive, the actions had to be struck out because they were prohibited under section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* (see paragraph 73 of the reasons). The Court relied on *Sarvanis*.

[66] The Court also concluded in that paragraph that even if the appellants relied on the fiduciary relationship of the Crown, their actions were essentially tort actions, and as such could not be brought.

[67] The Court then held as follows, at paragraphs 78-80, in relation to the violation of section 7 of the Charter:

The appellants did not explain in any way how section 7 of the Charter has been infringed. However, in the event that the respondent has breached the appellants’ rights that are guaranteed by this section, it is far from certain that section 9 of the Act can be relied upon to exclude a fair and appropriate remedy in keeping with the circumstances. It is up to the judge responsible for applying subsection 24(1) of the Charter, to assess whether the pension that might be awarded is appropriate and fair in regard to the circumstances, or if it would be appropriate to add further compensation.

In view of the uncertainty, it is in the interest of justice to stay the appellants’ actions but only in so far as they are based on section 7 of the Charter and until the conditions provided in subsection 111(2) of the *Pension Act* have been met.

[64] La Couronne, de façon subsidiaire, demandait, en conformité avec le paragraphe 111(2) [mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 42] de la *Loi sur les pensions*, que si la Cour concluait que les dommages réclamés n’étaient pas visés par l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, la Cour suspende les actions « de manière à ce que le demandeur épuise les voies de recours à sa disposition afin que les organismes constitués par la *Loi sur les pensions* et la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)* (1995, ch. 18) puissent adjuger sur l’admissibilité du demandeur à une pension. »

[65] La Cour a conclu que dans la mesure où les déclarations des demandeurs avaient le même fondement factuel que la pension qu’ils recevaient ou qu’ils pourraient recevoir, les actions devaient être rayées parce qu’elles étaient interdites en vertu de l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (voir le paragraphe 73 des motifs). La Cour s’appuyait sur *Sarvanis*.

[66] La Cour a conclu également, au même paragraphe, que même si les demandeurs invoquent la relation fiduciaire de l’État, leurs actions étaient essentiellement des actions en responsabilité civile délictuelle, et à ce titre irrecevables.

[67] La Cour, enfin, décide ce qui suit aux paragraphes 78, 79 et 80, relativement à la violation de l’article 7 de la Charte :

Les appelants n’ont aucunement précisé en quoi l’article 7 de la Charte a été violé. Dans l’éventualité toutefois où l’intimée aurait violé les droits des appelants garantis par cet article, il est loin d’être certain que l’article 9 de la Loi puisse être invoqué pour écarter une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Il appartiendra au juge, chargé d’appliquer le paragraphe 24(1) de la Charte, d’apprécier si la pension qui pourrait éventuellement avoir été accordée constitue une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, ou s’il y a lieu d’y ajouter une autre compensation.

Vu l’incertitude, il est dans l’intérêt de la justice de suspendre les actions des appelants, mais dans la mesure seulement où elles sont basées sur l’article 7 de la Charte, et ce, jusqu’à ce que les conditions prescrites au paragraphe 111(2) de la *Loi sur les pensions* soient satisfaites.

The appellants will have 60 days from the date of this judgment to amend their statements of claim accordingly.

[68] What I understand from this is that absent specific allegations from which the Court could determine that there had been a violation of section 7 of the Charter, the Court allowed the plaintiffs to amend their statements of claim and left it to the trial Judge to determine whether the conditions for section 7 of the Charter to apply had been met. The Court also stated its opinion that it was not plain and obvious, at the motion to strike stage, that the Crown's immunity was a bar to the exercise of a remedy based on section 7 of the Charter, thus again leaving the ultimate decision to the trial Judge. However, the Court also held that if the trial Judge concluded that there had been a violation of section 7 of the Charter and that the Crown could not set up its immunity against that violation, the only appropriate and just remedy that the trial Judge could grant in the circumstances, under section 24 of the Charter, would be the difference between the value of the harm actually suffered and the value of the compensation that the plaintiffs had received or would receive once the administrative process had concluded.

#### An Impossible Remedy

[69] The remedy sought here, compensatory, moral and exemplary damages, is typical of liability actions in common law and confirms the real nature of the action brought by the respondent. When stripped of the artifices that litter the statement of claim once it was amended in response to the decision in *Dumont-Drolet*—undoubtedly to avoid the Crown immunity against civil liability actions recognized by the Court—the respondent's action is in reality an action by an employee against his employer seeking damages for harm allegedly suffered in the course of his employment (see *Vaughan*, at paragraph 11).

[70] Given that this action is a disguised action in civil liability against the Crown, it is prohibited by sections 8-9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

Les appelants auront 60 jours de la date du présent jugement pour modifier leurs déclarations en conséquence.

[68] Ce que je retiens de ces propos, c'est que la Cour, en l'absence d'allégations précises lui permettant de déterminer s'il y avait violation de l'article 7 de la Charte, a permis aux demandeurs de modifier leur déclaration et a laissé le juge du procès déterminer si les conditions d'application de l'article 7 de la Charte étaient rencontrées. La Cour s'est aussi dite d'avis qu'il n'était pas manifeste et évident, au stade d'une requête en radiation, que l'immunité de la Couronne faisait obstacle à l'exercice d'un recours fondé sur l'article 7 de la Charte, laissant là aussi la décision ultime au juge du procès. Mais la Cour a aussi décidé que si le juge du procès concluait qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Charte et que la Couronne ne peut opposer son immunité à cette violation, la seule réparation convenable et juste qu'il pourrait accorder dans les circonstances en vertu de l'article 24 de la Charte, serait la différence entre la valeur du préjudice réellement subi et la valeur de l'indemnité que les demandeurs avaient ou auront reçue un fois le processus administratif complété.

#### Un redressement impossible

[69] Le redressement recherché, ici, soit des dommages-intérêts compensatoires, moraux et exemplaires, est typique des recours de droit commun en responsabilité et confirme la véritable nature du recours institué par l'intimé. Dépouillé des artifices dont la déclaration amendée s'est revêtue dans la foulée de l'arrêt *Dumont-Drolet*—sans doute pour échapper à l'immunité de la Couronne entérinée par la Cour eu égard aux actions en responsabilité civile—le recours de l'intimé est en réalité une action intentée par un employé contre son employeur pour réclamer des dommages-intérêts qu'il aurait subis dans le cadre de son emploi (voir *Vaughan*, au paragraphe 11).

[70] Dans la mesure où ce recours est une forme déguisée d'action en responsabilité civile contre la Couronne, il est interdit par les articles 8 et 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

[71] Given that this action is a disguised claim based on an accident in the course of employment, it is prohibited by section 12 of the *Government Employees Compensation Act*, which provides that an employee is entitled only to compensation under that Act.

[72] Given that this action is a disguised grievance or discrimination complaint, it cannot be brought in the Federal Court. The specialized tribunals established by Parliament to determine such cases are where the respondent should have taken his case or should take it. The presentation of grievances is provided for by Part III of the *Royal Canadian Mounted Police Act* (section 31 *et seq.*) and Part II of the *Canada Labour Code* (section 124 *et seq.*), which requires that the employer ensure that its employees' health and safety at work is protected, and section 148 of which provides that the employer is liable to imprisonment and a fine of not more than \$1,000,000. Filing of discrimination complaints is provided for by the *Canadian Human Rights Act* (however, see *Vaid*).

[73] Given that this action is a disguised claim for a disability pension, it does not come within the framework of an action in damages and is instead governed by Part II of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*.

[74] In short, because the compensation sought can already be recovered, at least in part, under various federal statutes, the respondent may claim, in the action in damages that he says is based on section 7 of the Charter, only the difference which might constitute a remedy that is "appropriate and just in the circumstances" within the meaning of section 24 of the Charter.

[75] Unlike what happened in *Dumont* and *Drolet*, where that excess was capable of being evaluated in the event that the claim under section 7 of the Charter, which the Court stayed, had merit and was capable of defeating the Crown's immunity, it would simply not be possible, in this case, for the trial Judge to assess such additional compensation, because such compensation

[71] Dans la mesure où ce recours est une forme déguisée de réclamation fondée sur un accident de travail, il est interdit par l'article 12 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, lequel prescrit que l'employé n'a droit qu'à l'indemnité prévue par ladite Loi.

[72] Dans la mesure où ce recours est une forme déguisée de grief ou de plainte de discrimination, il ne saurait être exercé devant la Cour fédérale. C'est aux tribunaux spécialisés mis sur pied par le législateur pour trancher ces litiges que l'intimé aurait dû ou devrait s'adresser. La présentation de griefs est prévue par la partie III de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (articles 31 *et seq.*) et par la partie II du *Code canadien du travail* (articles 124 *et seq.*), laquelle impose à l'employeur de veiller à la protection de ses employés en matière de santé et de sécurité au travail et permet, à l'article 148, que ce dernier soit condamné à une peine d'emprisonnement et à une amende maximale de 1 000 000 \$. La présentation de plaintes de discrimination est prévue par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (voir, cependant, *Vaid*).

[73] Dans la mesure où ce recours est une forme déguisée de demande de pension d'invalidité, il n'a pas sa place dans le cadre d'une action en dommages-intérêts et il est régi, plutôt, par la partie II de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*.

[74] Bref, l'indemnité recherchée étant déjà recouvrable, à tout le moins en partie, en vertu de différentes lois fédérales, l'intimé ne peut réclamer, dans son action en dommages-intérêts qu'il dit fondée sur l'article 7 de la Charte, que l'excédent qui pourrait constituer « une réparation juste et convenable » au sens de l'article 24 de la Charte.

[75] Contrairement à ce qui s'est passé dans les affaires *Dumont* et *Drolet* où cet excédent pouvait être évalué dans l'hypothèse, laissée en suspens par la Cour, où la réclamation en vertu de l'article 7 de la Charte était fondée et pouvait faire échec à l'immunité de la Couronne, il ne serait tout simplement pas possible, ici, que le juge du procès évalue cette indemnité addition-

presupposes a base compensation. Where no base compensation has been claimed, let alone evaluated, I cannot see how the Court could, at trial, determine the “further compensation” (*Dumont-Drolet*, at paragraph 78) to which the respondent would be entitled.

[76] My conclusion is consistent with what the Court has recently decided, in *Grenier*: a plaintiff who wishes to bring action against the Crown in civil liability for damages must first exercise the remedies he or she is offered by administrative law. Section 24 of the Charter is not a life preserver for rescuing parties who fail to exercise the remedies that they have under the “ordinary” laws. It is not the role of the Federal Court to do the things that the statutes assign to arbitrators and ministers. It is quite simply not its function to decide, in an action brought under the Charter, whether a grievance or a claim for a disability pension is justified, let alone to determine the amount of damages or of the pension that arbitrators or ministers could have granted if the matter had been put to them.

[77] In the circumstances, the respondent’s action is undeniably certain to fail, even if there was a violation of section 7 of the Charter and even if his action under the Charter was not precluded by Crown immunity, issues on which I need therefore not state an opinion.

[78] I would therefore allow the appeal with costs at both levels, set aside the judgment of the Federal Court, allow the motion to strike and strike out Mr. Prentice’s amended statement of claim in its entirety.

RICHARD C.J.: I concur.

NADON J.A.: I concur.

nelle puisqu’une telle indemnité suppose une indemnité de base. En l’absence d’une indemnité de base qui n’a pas été réclamée, et encore moins évaluée, je ne vois pas comment la Cour, au procès, pourrait déterminer cette « autre compensation » (*Dumont-Drolet*, paragraphe 78) à laquelle l’intimé aurait droit.

[76] Ma conclusion s’inscrit dans la foulée de ce que la Cour vient tout juste de décider dans *Grenier* : un demandeur qui veut poursuivre la Couronne en dommages-intérêts pour responsabilité civile doit d’abord exercer les recours que lui offre le droit administratif. L’article 24 de la Charte n’est pas une disposition de dépannage destinée à rescaper les justiciables qui n’exercent pas les recours que les lois « ordinaires » leur permettent d’exercer. La Cour fédérale n’est pas là pour remplir le rôle que les lois attribuent aux arbitres et aux ministres. Ce n’est tout simplement pas sa fonction que de décider, sous le couvert d’une action fondée sur la Charte, du bien-fondé d’un grief ou d’une demande de pension d’invalidité et encore moins de déterminer le montant des dommages ou de la pension que des arbitres ou des ministres auraient pu accorder s’ils avaient été saisis du dossier.

[77] Dans ces circonstances, l’action de l’intimé est incontestablement vouée à l’échec quand bien même il y aurait eu violation de l’article 7 de la Charte et quand bien même son recours en vertu de la Charte ne serait pas écarté par l’immunité de la Couronne, ce sur quoi je n’ai donc pas à me prononcer.

[78] Aussi serais-je d’avis d’accueillir l’appel avec dépens dans les deux instances, d’infirmier le jugement de la Cour fédérale, d’accueillir la requête en radiation et de radier en totalité la déclaration modifiée de M. Prentice.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je suis d’accord.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d’accord.

IMM-7836-04  
2006 FC 16

IMM-7836-04  
2006 CF 16

**Daniel Thamothers (Applicant)**

**Daniel Thamothers (demandeur)**

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)**

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

and

et

**The Canadian Council for Refugees (Intervener)**

**Le Conseil canadien pour les réfugiés (intervenant)**

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

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

Federal Court, Blanchard J.—Toronto, November 2, 2005; Ottawa, January 6, 2006.

Cour fédérale, juge Blanchard—Toronto, 2 novembre 2005; Ottawa, 6 janvier 2006.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's allegation RPD's standard order of questioning (Guideline 7) violating natural justice, determining applicant not Convention refugee, person in need of protection — Guideline 7 providing Refugee Protection Officer (RPO), RPD member to question claimant before counsel at refugee protection hearing — Natural justice, procedural fairness not requiring claimant at refugee hearing first be questioned by counsel — Content of procedural protections — Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) factors considered — Furthermore claimant having opportunity to make written submissions before, after hearing, oral representations at hearing — Vulnerability only one of factors to consider — Applicant in present instance had meaningful opportunity to present case fully, fairly — However, Guideline 7 fettering RPD's discretion — Guidelines not meant to be legally binding on RPD members — But mandatory language of Guideline 7, limited, narrow description in guideline of exceptional circumstances where RPD members having discretion to change order of questioning, expectation of compliance by Immigration and Refugee Board, all combining to limit RPD member's discretion, in effect dictating procedure, allowing few exceptions on procedural issue potentially affecting fairness of hearing — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter l'allégation du demandeur selon laquelle l'ordre normalisé des interrogatoires (les Directives n° 7) contrevient aux principes de justice naturelle et de conclure que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger — Les Directives n° 7 prévoient que l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou le commissaire de la SPR interroge le demandeur avant le procureur de celui-ci lors des audiences des demandeurs d'asile — Les principes de justice naturelle et d'équité procédurale n'exigent pas qu'un demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur — Teneur des protections procédurales — Les facteurs établis dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) sont examinés — En outre, le demandeur a eu la possibilité de déposer des prétentions écrites avant et après l'audience et de faire des observations de vive voix à l'audience — La vulnérabilité n'est que l'un des facteurs à prendre en compte — Le demandeur en l'espèce a réellement eu la possibilité d'exposer sa cause complètement et équitablement — Les Directives n° 7 entravent toutefois le pouvoir discrétionnaire de la SPR — Les directives n'ont pas pour objet de lier légalement les commissaires — Toutefois, le libellé contraignant des Directives n° 7, la description restrictive qu'on y trouve des circonstances exceptionnelles dans lesquelles les commissaires peuvent modifier l'ordre des interrogatoires et l'attente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires et de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible*

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Whether procedural guideline complying with rules of fairness depending on factors such as extent to which guideline restricting scope of discretion of independent RPD members in exercise of their duties under Immigration and Refugee Protection Act — Guideline may become unlawful fetter upon discretion if elevated to status of general rule — In case at bar, thrust of Guideline 7 (imposing standard order for questioning of refugee claimants) indicating mandatory process rather than recommended, optional process, thus unlawful fetter of RPD members' discretion.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board (IRB) that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection.

In written arguments submitted prior to his hearing before the RPD and in oral submissions at that hearing, the applicant raised objections to Guideline 7 issued by the Chairperson of the IRB pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, arguing that it violates the common-law principles of natural justice and procedural fairness. Guideline 7 sets out a standard order for questioning of refugee claimants and the basis and procedure for varying the order proceeding. Under Guideline 7, the Refugee Protection Officer (RPO) questions the claimant first, and if no RPO is present, the RPD member questions first (the standard order of questioning). The RPD concluded that Guideline 7 did not give rise to a denial of natural justice.

At issue was whether Guideline 7: (i) denies the applicant the right to be heard; (ii) fetters the discretion of RPD members; or (iii) unlawfully distorts the adjudicative role of the RPD.

*Held*, the application should be allowed.

The legislative framework, Guideline 7, and the evidence before the Court were first reviewed, and the positions of the parties summarized. Three preliminary arguments were disposed of before considering the duty of fairness. (1) While earlier Federal Court decisions have upheld the general validity of Guideline 7, those decisions were not determinative of the issues herein which have not be previously canvassed. (2) The applicant's allegation of procedural unfairness was not

*d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience — Demande accueillie.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — La question de savoir si une directive qui touche la procédure est conforme aux règles d'équité dépend-elle de facteurs comme la mesure dans laquelle elle limite le pouvoir discrétionnaire que les commissaires indépendants exercent dans l'exécution des fonctions que la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés leur confie? — Une directive peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale — En l'espèce, les Directives n° 7 (qui imposent un ordre normalisé pour les interrogatoires des demandeurs d'asile) ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire, entravant ainsi illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) selon laquelle le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger.

Dans les prétentions écrites qu'il a déposées avant l'audience devant la SPR et dans les observations qu'il a faites de vive voix à l'audience, le demandeur a contesté les Directives n° 7 données par le président de la CISR en vertu de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, parce qu'elles contreviendraient aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale existant en common law. Les Directives n° 7 décrivent l'ordre normalisé des interrogatoires des demandeurs d'asile, les raisons pour lesquelles cet ordre peut être modifié et la façon de le faire. Selon ces directives, c'est l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou, en l'absence d'un APR, le commissaire qui interroge le premier le demandeur (l'ordre normalisé des interrogatoires). La SPR a conclu que les Directives n° 7 ne contrevenaient pas aux principes de justice naturelle.

La Cour devait décider si les Directives n° 7 : i) privent le demandeur du droit d'être entendu; ii) entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires; iii) déforment illégalement le rôle de décideur de la SPR.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le cadre législatif, les Directives n° 7 et la preuve présentée à la Cour ont d'abord été examinés et les positions des parties ont ensuite été résumées. La Cour a disposé de trois arguments préliminaires avant de traiter de l'obligation d'agir équitablement. 1) Bien que la Cour fédérale ait confirmé dans le passé la validité générale des Directives n° 7, ces décisions ne sont pas déterminantes en ce qui concerne les questions en l'espèce car ces questions n'ont

hypothetical: the question of whether the standard order of questioning provided in Guideline 7 is inherently unfair in that it violates the principles of natural justice and procedural fairness was a proper one for consideration by the Court. (3) Finally, none of the cases cited by the applicant established that the principles of natural justice and procedural fairness require that refugee claimants be questioned by their counsel first (“examination in chief”). As a matter of fact, in several other cases that predate Guideline 7, the Court held that starting with questioning by the RPO does not, in itself, constitute a violation of the rules of natural justice. The cases cited by the applicant and the intervener reaffirmed that the RPD is entitled to control the procedures of a hearing but that the RPD must conduct the hearing in a way that does not unfairly restrict the claimant’s right to present his or her case.

The factors set out by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* were considered to determine the content of the procedural protections in the present case. Specifically, the question to be answered was whether natural justice or procedural fairness dictate a particular order of questioning. In addition, the intervener argued that the Personal Information Form (PIF) is an inadequate substitute for an “examination in chief”. Although the PIF may be incomplete in telling the full story of the need for refugee protection, this is not sufficient to require that a refugee hearing be conducted with counsel questioning the claimant first. The PIF is not the only way in which the claimant’s story is told. Claimants are also asked to submit documentary evidence in support of their claims; they may make further written submissions before the hearing; they have an opportunity to make oral representations at the hearing; and may have an opportunity to make further written submissions after the hearing. In the present case, the applicant provided written submissions to the RPD and his counsel made oral submissions at the hearing. The intervener also submitted that the particular vulnerabilities of refugee claimants may compromise their ability to adequately explain their experience. While this is a factor to be considered in the circumstances of each case, it does not necessarily dictate that the standard order of questioning always be “counsel first” in order to satisfy procedural fairness requirements and the principles of natural justice. In light of the above, the principles of natural justice or procedural fairness did not demand that the applicant’s refugee determination hearing be conducted with counsel for the applicant questioning first in order to ensure that the applicant had a meaningful opportunity to present his case fully and fairly.

pas été précédemment examinées de manière approfondie. 2) L’allégation du demandeur concernant l’absence d’équité procédurale ne reposait pas sur des hypothèses; il convenait de demander à la Cour de déterminer si l’ordre normalisé des interrogatoires établi par les Directives n° 7 est fondamentalement inéquitable parce qu’il viole les principes de justice naturelle et d’équité procédurale. 3) Finalement, aucun des cas invoqués par le demandeur n’indiquait que les principes de justice naturelle et d’équité procédurale exigent qu’un demandeur d’asile soit d’abord interrogé par son procureur (interrogatoire principal). En fait, dans plusieurs autres cas antérieurs aux Directives n° 7, la Cour a statué que commencer par l’interrogatoire de l’APR ne contrevenait pas en soi aux règles de justice naturelle. Les décisions invoquées par le demandeur et l’intervenant confirmaient de nouveau que la SPR peut contrôler le déroulement d’une audience, mais qu’elle doit mener celle-ci sans limiter de manière inéquitable le droit du demandeur d’exposer sa cause.

Les facteurs établis par la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* ont été utilisés pour déterminer la teneur des protections procédurales en l’espèce. La Cour devait déterminer en particulier si les principes de justice naturelle ou d’équité procédurale dictent un ordre particulier pour les interrogatoires. De plus, l’intervenant soutenait que le Formulaire de renseignements personnels (FRP) ne remplace pas adéquatement l’interrogatoire principal. Il est vrai que le FRP peut ne pas expliquer tous les motifs pour lesquels le demandeur souhaite obtenir l’asile, mais cela n’est pas suffisant pour exiger que le demandeur soit d’abord interrogé par son procureur. Le FRP n’est pas la seule façon dont la SPR est mise au courant du récit du demandeur. Celui-ci doit aussi produire des documents au soutien de sa demande; il peut présenter des prétentions écrites additionnelles avant l’audience; il a la possibilité de faire des observations de vive voix à l’audience; il peut aussi déposer de nouvelles prétentions écrites après l’audience. En l’espèce, le demandeur a déposé des observations écrites à l’intention de la SPR et son procureur a fait des observations de vive voix à l’audience. Par ailleurs, l’intervenant a soutenu que la vulnérabilité particulière des demandeurs d’asile les empêche d’expliquer adéquatement les expériences qu’ils ont vécues. Cette vulnérabilité particulière est un facteur qui doit être pris en compte dans les circonstances de chaque cas, mais elle n’exige pas nécessairement, pour que l’équité procédurale et les principes de justice naturelle soient respectés, que le demandeur soit toujours interrogé en premier par son procureur. En conséquence, les principes de justice naturelle ou d’équité procédurale n’exigeaient pas que le demandeur soit interrogé d’abord par son procureur lors de son audience pour avoir réellement la possibilité d’exposer sa cause complètement et équitablement.

That said, the Chairperson's standard order of questioning procedure fetters the RPD's discretion. The Chairperson has the statutory authority to issue guidelines, which are not legally binding on RPD members as they exercise their independent decision-making authority. Whether a procedural guideline complies with the rules of fairness will depend on a number of factors, such as the extent to which the guideline restricts the scope of discretion of independent RPD members in carrying out their duties under the Act. A guideline may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule. The evidence and arguments were considered in relation to the factors set out by the Ontario Court General Division in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission*. The language of Guideline 7 leaves little doubt that the thrust of the guideline indicates to RPD members a mandatory process rather than a recommended but optional process. Its language is imperative. Although paragraph 23 of Guideline 7 provides that the RPD member has the discretion to change the order of questioning in exceptional circumstances, this paragraph establishes a high threshold as to the nature of exceptional circumstances, and its language may leave a member with the impression that he or she has no option but to follow the guideline. The evidence adduced also supported the following findings: (1) the IRB engages in monitoring the implementation of its guidelines; (2) there is a clear expectation that Guideline 7 will be followed; (3) this monitoring exercise would in the mind of RPD members serve to reinforce this expectation; (4) compliance with the guideline is a factor considered in a member's performance appraisal. The mandatory language of Guideline 7, the limited and narrow description of exceptional circumstances provided for in the guideline and the not so subtly expressed expectation of compliance by the IRB, all combine to limit an RPD member's discretion, in effect dictating a certain procedure and allowing few exceptions, on a procedural issue that could potentially affect the fairness of the hearing.

The Chairperson's standard order of questioning procedure does not unlawfully distort the adjudicative role of the RPD, an administrative tribunal empowered by statute with an inquisitorial mandate. It is not improper for an RPD member to engage in a probing examination of a claimant in order to assess whether his or her claim is well founded, as long as this is done within certain parameters.

Once a breach of natural justice or procedural fairness is established, the decision of an administrative agency is invalid. As such, in light of the finding that Guideline 7 fetters the discretion of RPD members, and thus violates the principles of procedural fairness, it was not necessary to consider the merits of the RPD's decision rejecting the applicant's claim.

Cela étant dit, l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président entrave le pouvoir discrétionnaire de la SPR. Le président a le pouvoir de donner des directives, lesquelles ne lient pas légalement les commissaires parce qu'ils exercent leur pouvoir de décideur indépendant. La question de savoir si une directive qui touche la procédure est conforme aux règles d'équité dépend de plusieurs facteurs, notamment de la mesure dans laquelle elle limite le pouvoir discrétionnaire que les commissaires indépendants exercent dans l'exécution des fonctions que la LIPR leur confie. Une directive peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale. La preuve et les arguments ont été évalués à l'aide des facteurs énoncés par la Division générale de la Cour de l'Ontario dans *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission*. Le libellé des Directives n° 7 laisse peu de doute quant au fait que les directives ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire. Ce libellé est impératif. Il est vrai que le paragraphe 23 des Directives n° 7 permet au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles, mais il fixe une norme rigoureuse quant à la nature des circonstances exceptionnelles et son libellé peut laisser à un commissaire l'impression qu'il n'a d'autre choix que de suivre les directives. La preuve prouvait également de tirer les conclusions suivantes : 1) la CISR surveille l'application de ses directives; 2) on s'attend clairement à ce que les Directives n° 7 soient suivies; 3) dans l'esprit des commissaires, la surveillance aurait pour but de renforcer cette attente; 4) le respect des directives est un facteur qui est pris en considération lors de l'évaluation des commissaires. Le libellé contraignant des Directives n° 7, la description restrictive des circonstances exceptionnelles qu'elles contiennent et l'attente exprimée de manière pas très subtile par la CISR en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires et de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience.

L'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président ne déforme pas illégalement le rôle de décideur de la SPR, un tribunal administratif à qui la loi confie le mandat d'un tribunal d'enquête. Il n'est pas inacceptable qu'un commissaire procède à un interrogatoire poussé d'un demandeur dans le but d'évaluer le bien-fondé de sa demande, pourvu que cela soit fait à l'intérieur de certains paramètres.

La décision rendue par un organisme administratif est invalide si l'on démontre qu'il y a eu manquement aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. En conséquence, compte tenu de la conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires et contreviennent ainsi aux principes d'équité procédurale, il n'était pas nécessaire d'examiner le bien-fondé de la décision de la SPR de rejeter la demande du demandeur.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(c) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 98, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 151, 153(1) (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 173), 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 176.

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.

*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228.

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

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722; (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 243; 34 F.T.R. 26 (T.D.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280; 106 D.L.R. (4th) 507; 17 Admin. L.R. (2d) 281; 10 B.L.R. (2d) 173 (Gen. Div.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; (1993), 101 D.L.R. (4th) 494; 11 Admin. L.R. (2d) 21; 93 CLLC 14,020; 148 N.R. 209.

CONSIDERED:

*R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL); *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738; *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 149; 2005 FC 1066; *Kante v. Canada (Minister of Employment and*

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.

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

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)c (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 98, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 151, 153(1) (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 173), 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 176.

*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280; 106 D.L.R. (4th) 507; 17 Admin. L.R. (2d) 281; 10 B.L.R. (2d) 173 (Div. gén.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL); *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738; *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2005 CF 1066; *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F.

*Immigration*), [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283; 40 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); *Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.); *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724; *Cruz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 F.T.R. 191 (F.C.T.D.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195; (2004), 236 D.L.R. (4th) 485; 11 Admin. L.R. (4th) 306; 34 Imm. L.R. (3d) 157; 316 N.R. 299; 2004 FCA 49; *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37; 26 Imm. L.R. (2d) 200 (F.C.T.D.); *Vidal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118; 41 F.T.R. 118; 13 Imm. L.R. 118 (F.C.T.D.); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.); *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300 (F.C.A.); *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395; 2004 FCA 13; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

## REFERRED TO:

*C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL); *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866; *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1121; *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260; *Del Moral v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 98 (F.C.T.D.); *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81;

n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.); *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1724; *Cruz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1266 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49; *Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104; 121 D.L.R. (4th) 79; 28 Admin. L.R. (2d) 1; 77 O.A.C. 155 (C.A.); *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (C.A.) (QL); *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)* 2004 CAF 13; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202.

## DÉCISIONS CITÉES :

*S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL); *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1121; *Fabiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1260; *Del Moral c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 782 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1<sup>re</sup> inst.).

*Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329; (1987), 33 C.R.R. 376; 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (T.D.).

## AUTHORS CITED

- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 5: Providing the PIF and No PIF Abandonment in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 6: Scheduling and Changing the Date or Time of a Proceeding in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.
- Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.
- Evans, J. M. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, looseleaf. Toronto: Carswell, 1988.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "guideline".

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugiée craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 1996.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés: Directives n° 5: Directives concernant la transmission du FRP et le désistement pour défaut de transmission du FRP à la Section de la protection des réfugiés*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés: Directives n° 6 : Mise au rôle et changement de la date ou de l'heure d'une procédure à la Section de la protection des réfugiés*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.
- Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.
- Evans, J. M. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London : Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Macaulay, Robert W. and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, looseleaf. Toronto : Carswell, 1988.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « guideline ».

APPLICATION for judicial review of a decision ([2004] R.P.D.D. No. 613 (QL)) of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's claim that the RPD's standard order of questioning violated the principles of natural justice, and determining that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision ([2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)) de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter la prétention du demandeur selon laquelle l'ordre normalisé des interrogatoires de la SPR contrevient aux principes de justice naturelle et de conclure que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger. Demande accueillie.

APPEARANCES:

*John W. Davis* for applicant.  
*Jamie R. D. Todd* and *John Provart* for respondent.  
*Catherine Bruce* and *Angus Grant* for intervener.

ONT COMPARU :

*John W. Davis* pour le demandeur.  
*Jamie R. D. Todd* et *John Provart* pour le défendeur.  
*Catherine Bruce* et *Angus Grant* pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Davis & Grice*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*The Law Offices of Catherine Bruce* and *Ms. Barbara Jackman*, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Davis & Grice*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.  
*Les cabinets d'avocats de Catherine Bruce* et de *Barbara Jackman*, Toronto, pour l'intervenant.

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

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

BLANCHARD J.:

LE JUGE BLANCHARD :

1. Introduction

[1] The applicant, Daniel Thamothers, applies for a judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (the Board) of the Immigration and Refugee Board (the IRB), dated August 18, 2004 [[2004] R.P.D.D. No. 613 (QL)], wherein he was determined to be neither a Convention refugee nor a person in need of protection.

1. Introduction

[1] Le demandeur, Daniel Thamothers, demande le contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la Section) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) en date du 18 août 2004 [[2004] D.S.P.R. n° 613 (QL)], selon laquelle il n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger.

[2] The applicant seeks an order setting aside the Board's decision, both with regard to the merits of his refugee claim and the validity of the standard order of questioning procedure set out in a guideline issued by authority of the Chairperson of the IRB (Guideline 7) [Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee

[2] Le demandeur cherche à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Section en ce qui concerne à la fois le bien-fondé de sa demande d'asile et la validité de l'ordre normalisé des interrogatoires décrit dans des directives données par le président de la Commission (les Directives n° 7) [Directives données par la présidente en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi

*Protection Act: Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*]. The Canadian Council for Refugees intervenes in this application to support the applicant's position that Guideline 7 violates the principles of natural justice and procedural fairness. For the purpose of these reasons the use of "Guideline 7", unless otherwise stated, will reference the Chairperson's standard order of questioning procedure.

## 2. Factual background

[3] The applicant is Tamil and a citizen of Sri Lanka. He entered Canada on September 12, 2002, on a student visa. He made a claim for refugee protection on January 12, 2004. The applicant bases his claim upon fear of persecution at the hands of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (the LTTE). The applicant alleges that since the ceasefire agreement between the LTTE and the Sri Lankan government was signed in February 2002, the LTTE has been more openly active in Colombo. The applicant claims that the LTTE is extorting money from his mother. He alleges that if returned to Sri Lanka, he faces extortion and threats of kidnapping and physical harm at the hands of the LTTE.

[4] In written arguments submitted prior to his hearing and in oral submissions at the hearing, the applicant raised objections to Guideline 7, arguing that it violates the principles of natural justice. Under Guideline 7, the refugee protection officer (the RPO) questions the claimant first, and if no RPO is present, the Board member questions first. Guideline 7 allows the Board member to vary the order of questioning in exceptional circumstances.

[5] The Board heard the applicant's claim on July 5, 2004. After hearing oral submissions from the applicant's counsel on Guideline 7, the Board proceeded with the RPO questioning first. In its written reasons, the Board dismissed the applicant's claim that Guideline 7 was contrary to the principles of natural justice, and concluded that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection.

*sur l'immigration et la protection des réfugiés : Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*]. Le Conseil canadien pour les réfugiés intervient dans la présente instance pour appuyer la thèse du demandeur selon laquelle les Directives n° 7 contreviennent aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Dans les présents motifs, l'expression « Directives n° 7 » désigne, à moins d'indication contraire, l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président.

## 2. Le contexte factuel

[3] Le demandeur, un Tamoul citoyen du Sri Lanka, est entré au Canada avec un visa d'étudiant le 12 septembre 2002 et a demandé l'asile le 12 janvier 2004. Il fonde sa demande sur sa crainte d'être persécuté par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (les TLET). Il prétend que, depuis qu'ils ont signé l'accord de cessez-le-feu avec le gouvernement sri-lankais en février 2002, les TLET mènent leurs activités plus ouvertement à Colombo. Il prétend également que les TLET extorquent de l'argent à sa mère et que, s'il retourne au Sri Lanka, il sera l'objet d'extorsion et de menaces d'enlèvement et de sévices corporels de la part des TLET.

[4] Dans les prétentions écrites qu'il a déposées avant l'audience et dans les observations qu'il a faites de vive voix à l'audience, le demandeur a contesté les Directives n° 7 parce qu'elles contreviendraient aux principes de justice naturelle. Selon ces directives, c'est l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou, en l'absence d'un APR, le commissaire qui interroge le premier le demandeur. Les Directives n° 7 permettent au commissaire de changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles.

[5] La Section a entendu la demande du demandeur le 5 juillet 2004. Après avoir entendu les observations du conseil du demandeur sur les Directives n° 7, elle a demandé à l'APR de commencer l'interrogatoire. Dans ses motifs écrits, la Section a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle les Directives n° 7 sont contraires aux principes de justice naturelle, et elle a conclu que le demandeur n'était ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger.

### 3. The decision under review

[6] On the issue of Guideline 7, the Board stated that the panel is an independent decision maker and [at paragraph 4] “in that capacity, the panel does not find that Guideline 7 violates the principles of natural justice.” The Board held that having the RPO question the claimant first is consistent with the common-law duty of fairness that claimants be provided with a meaningful opportunity to be heard.

[7] In support of its decision, the Board took guidance from *R.K.N. (Re)*, [2004] R.P.D.D. No. 14 (QL), a decision rendered by the Board on June 16, 2004. In that decision, at paragraphs 49 and 51, the Board stated:

In my view, proceeding according to the standard order of questioning is fair and efficient. The hearing is focused; the claimant retains full opportunity to know the case to meet, and to present his or her case in accordance with principles of fairness and natural justice.

...

The Federal Court has never indicated that a fair hearing requires that a claimant lead evidence by way of examination-in-chief. Rather, the Federal Court has recently and repeatedly affirmed that the RPD is the master of its own procedure.

[8] Following those reasons, the Board concluded, in the present case, that Guideline 7 does not give rise to a denial of natural justice.

[9] As for the merits of the applicant’s refugee claim, the Board stated that, while accepting that a durable peace has not been achieved in Sri Lanka, the applicant could return to Colombo with no more than a mere possibility of serious or persistent harm. The Board made several findings of fact in support of its conclusion that the applicant was not a Convention refugee or a person in need of protection.

[10] First, the Board was not satisfied that the incident involving the applicant’s mother being extorted by the LTTE ever occurred. Second, the Board found it

### 3. La décision faisant l’objet du présent contrôle

[6] En ce qui concerne les Directives n° 7, la Section a rappelé que le tribunal est un décideur indépendant et [au paragraphe 4] « en cette capacité, le tribunal estime que les Directives n° 7 ne contreviennent pas au principe de justice naturelle ». Selon elle, le fait que l’APR est le premier à interroger le demandeur est conforme au devoir d’agir équitablement de la common law qui l’oblige à donner aux demandeurs une possibilité raisonnable d’être entendus.

[7] La Section s’est appuyée à cet égard sur la décision *R.K.N. (Re)*, [2004] D.S.P.R. n° 14 (QL), qu’elle a rendue le 16 juin 2004. Elle a dit ce qui suit aux paragraphes 49 et 51 de cette décision :

Le tribunal est d’avis que la tenue de l’interrogatoire selon l’ordre normalisé au cours de l’audience est équitable et efficace. L’audience porte sur les points pertinents, le demandeur d’asile conserve pleinement la possibilité de connaître les points qu’il doit faire valoir pour établir le bien-fondé de son cas et de plaider sa cause conformément aux principes d’équité et de justice naturelle.

[...]

La Cour fédérale n’a jamais déterminé qu’un demandeur d’asile devait présenter sa preuve au cours d’un interrogatoire principal pour que l’audience soit équitable. La Cour fédérale a plutôt affirmé récemment, et ce à maintes reprises, que la SPR est maître de sa propre procédure.

[8] Se fondant sur ces motifs, la Section a conclu en l’espèce que les Directives n° 7 ne donnaient pas lieu à un déni de justice naturelle.

[9] En ce qui concerne le bien-fondé de la demande d’asile du demandeur, la Section a indiqué que, même si une paix durable n’avait pas été atteinte au Sri Lanka, le demandeur pouvait retourner à Colombo sans s’exposer à davantage qu’une simple possibilité de subir un préjudice grave ou persistant. Sa décision selon laquelle le demandeur n’est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger était fondée sur plusieurs conclusions de fait.

[10] En premier lieu, la Section n’était pas convaincue que la mère du demandeur avait déjà été victime d’extorsion par les TLET. En deuxième lieu, il n’était

implausible that in all the years the applicant had lived with his mother in Colombo while his father was working in Saudi Arabia that the family was never targeted for extortion but yet now, after the applicant came to Canada, the LTTE would suddenly extort money from his mother (emphasis in the Board's decision). Third, the Board did not accept that the applicant was at higher risk for extortion because he had spent two years in Canada and the LTTE would therefore consider him to have amassed a certain amount of wealth.

[11] Drawing from the documentary evidence, the Board also found that a number of positive changes in the country conditions made it safe for the applicant to return to Sri Lanka. The changes cited by the Board include:

(a) that the ceasefire agreement between the Sri Lankan government and the LTTE includes basic proscriptions against harming citizens;

(b) that the Sri Lankan government was reported to have removed all travel restrictions imposed on Tamil civilians in March 2002; and

(c) that Tamils living in Colombo are no longer required to register with the police.

[12] Finally, the Board rejected the applicant's claim that he was at risk of being recruited by the LTTE on the basis that he had never been approached by the LTTE to join its forces before and there was no reliable evidence that the applicant would be perceived to be a member of any political group, either pro-government or pro-Tamil.

#### 4. Issues

[13] In this application for judicial review, the Court is asked to determine the following questions:

(A) In respect to the principles of natural justice and procedural fairness:

(i) Does Guideline 7 deny the applicant the right to be heard?

pas vraisemblable, aux yeux de la Section, que le demandeur ait pu vivre avec sa mère durant toutes ces années à Colombo, pendant que son père travaillait en Arabie Saoudite, sans que jamais la famille ait été victime d'extorsion, et que soudain, après l'arrivée du demandeur au Canada, les TLET aient commencé à extorquer de l'argent à sa mère (souligné dans la décision de la Section). En troisième lieu, la Section n'a pas reconnu qu'il y avait davantage de risques que le demandeur soit victime d'extorsion parce qu'il avait passé deux ans au Canada et que les TLET croiraient qu'il avait ainsi amassé une certaine richesse.

[11] La Section a aussi conclu, sur la foi de la preuve documentaire, qu'un certain nombre de changements positifs survenus au Sri Lanka rendaient ce pays plus sûr pour le demandeur. Elle a notamment fait état des changements suivants :

a) l'accord de cessez-le-feu conclu entre le gouvernement sri-lankais et les TLET proscrit les actes hostiles envers la population civile;

b) le gouvernement sri-lankais aurait aboli toutes les restrictions de déplacement imposées aux civils tamouls en mars 2002;

c) les Tamouls vivant à Colombo ne sont plus tenus de s'enregistrer auprès de la police.

[12] Finalement, la Section a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle il risquait d'être recruté par les TLET, parce que ces derniers ne lui avaient jamais demandé de se joindre à eux auparavant et qu'il n'y avait aucune preuve fiable que le demandeur serait perçu comme un membre d'un groupe politique pro-gouvernemental ou pro-tamoul.

#### 4. Les questions en litige

[13] La Cour est appelée à trancher les questions suivantes en l'espèce :

A) En ce qui a trait aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale :

i) Les Directives n° 7 privent-elles le demandeur du droit d'être entendu?

(ii) Does Guideline 7 fetter the discretion of Board members?

ii) Les Directives n° 7 entravent-elles le pouvoir discrétionnaire des commissaires?

(iii) Does Guideline 7 unlawfully distort the adjudicative role of the Board?

iii) Les Directives n° 7 déforment-elles illégalement le rôle de décideur de la Section?

(B) Did the Board err in finding the applicant not to be a Convention refugee or a person in need of protection?

B) La Section a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger?

### 5. Standard of review

[14] This judicial review involves consideration of procedural and substantive issues: (1) whether the procedure followed by the Board complied with the principles of procedural fairness and natural justice; and (2) whether the Board erred in dismissing the applicant's claim on its merits.

[15] When the Court is assessing allegations of denial of natural justice or procedural fairness, it is not necessary for the Court to conduct a pragmatic and functional analysis and determine the appropriate standard of review: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539. Instead, the Court must examine the specific circumstances of the case and determine whether the tribunal in question adhered to the rules of natural justice and procedural fairness. If the Court concludes that there has been a breach of natural justice or procedural fairness, no deference is due and the Court will set aside the decision of the Board.

[16] With respect to substantive decisions of the Board, the Supreme Court of Canada has recently reaffirmed the standard of review applicable to IRB decisions in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100. The Supreme Court stated that paragraph 18.1(4)(c) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], allows the Federal Court to grant relief when a federal commission errs in law and that such questions of law are reviewable on a standard of correctness. With respect to questions of fact, the Supreme Court at paragraph 38 of its decision, wrote:

### 5. La norme de contrôle

[14] Le présent contrôle judiciaire soulève une question de procédure et une question de fond : 1) la procédure suivie par la Section était-elle conforme aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale et 2) la Section a-t-elle eu tort de rejeter la demande du demandeur sur le fond?

[15] Il n'est pas nécessaire, lorsqu'elle examine des allégations de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, que la Cour effectue une analyse pragmatique et fonctionnelle et détermine la norme de contrôle qui s'applique : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539. La Cour doit plutôt examiner les circonstances particulières de l'affaire et décider si le tribunal en cause a respecté les règles de justice naturelle et d'équité procédurale. Si elle arrive à la conclusion qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale, elle n'est pas tenue de faire montre de déférence et elle doit annuler la décision de la Section.

[16] En ce qui concerne les décisions de fond de la Section, la Cour suprême du Canada a récemment réaffirmé la norme de contrôle qui s'applique aux décisions de la Commission dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, en statuant que l'alinéa 18.1(4)c) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], permet à la Cour fédérale d'accorder réparation si l'office fédéral a commis une erreur de droit, et que la norme de la décision correcte s'applique à l'égard des questions de droit semblables. La Cour suprême a par ailleurs écrit ce qui suit, au paragraphe 38 de son arrêt, au sujet des questions de fait :

On questions of fact, the reviewing court can intervene only if it considers that the IAD “based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it” (*Federal Court Act*, s. 18.1(4)(d)). The IAD is entitled to base its decision on evidence adduced in the proceedings which it considers credible and trustworthy in the circumstances: s. 69.4(3) of the *Immigration Act*. Its findings are entitled to great deference by the reviewing court. Indeed, the FCA itself has held that the standard of review as regards issues of credibility and relevance of evidence is patent unreasonableness: *Aguebor v. Minister of Employment & Immigration* (1993), 160 N.R. 315, at para. 4.

Findings in relation to risk of persecution and country conditions are findings of fact and as such, the appropriate standard of review is patent unreasonableness.

#### 6. Legislative framework

[17] Before examining the issue of natural justice and procedural fairness, I will review briefly the applicable legislative framework.

[18] The IRB is an administrative tribunal comprised of three Divisions—the Board, the Immigration Division and the Immigration Appeal Division: section 151 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). The IRB and its Divisions are creatures of statute; whatever power and authority they have must be derived from the IRPA.

[19] In section 107 of the IRPA, Parliament vested in the Board the authority to determine whether a person is a Convention refugee or a person in need of protection. Certain powers of the Board are set out in sections 162-169; these powers apply to all Divisions of the IRB. Under subsection 162(2), the Board is required to deal with all proceedings before it “as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” Section 170 sets out additional powers specific to the Board with respect to the conduct of proceedings before it.

En ce qui concerne la question de fait, le tribunal de révision ne peut intervenir que s’il est d’avis que l’office fédéral, en l’occurrence la SAI, « a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose » (al. 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*). La SAI peut fonder sa décision sur les éléments de preuve qui lui sont présentés et qu’elle estime crédibles et dignes de foi dans les circonstances : par. 69.4(3) de la *Loi sur l’immigration*. Le tribunal de révision doit manifester une grande déférence à l’égard de ses conclusions. La CAF a d’ailleurs elle-même statué que la norme de contrôle applicable à une décision sur la crédibilité et la pertinence de la preuve était celle de la décision manifestement déraisonnable : *Aguebor c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1993), 160 N.R. 315, par. 4.

Les conclusions relatives au risque de persécution et aux conditions existant dans le pays sont des conclusions de fait auxquelles s’applique donc la norme de la décision manifestement déraisonnable.

#### 6. Le cadre législatif

[17] Avant d’examiner la question de la justice naturelle et de l’équité procédurale, je traiterai brièvement du cadre législatif dans lequel s’inscrit la présente affaire.

[18] La Commission est un tribunal administratif formé de trois sections : la Section, la Section de l’immigration et la Section d’appel de l’immigration : article 151 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). La Commission et ses différentes sections sont créées par la LIPR et disposent seulement des pouvoirs que celle-ci leur confère.

[19] Le législateur a investi la Section, à l’article 107 de la LIPR, du pouvoir de décider si une personne a la qualité de réfugié ou de personne à protéger. Certains pouvoirs de la Section sont décrits aux articles 162 à 169; ces pouvoirs sont conférés à toutes les sections de la Commission. Aux termes du paragraphe 162(2), la Section doit fonctionner, « dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». L’article 170 confère des pouvoirs additionnels particuliers à la Section relativement à la conduite des affaires dont elle est saisie :

170. The Refugee Protection Division, in any proceeding before it,

- (a) may inquire into any matter that it considers relevant to establishing whether a claim is well-founded;
- (b) must hold a hearing;
- (c) must notify the person who is the subject of the proceeding and the Minister of the hearing;
- (d) must provide the Minister, on request, with the documents and information referred to in subsection 100(4);
- (e) must give the person and the Minister a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations;
- (f) may, despite paragraph (b), allow a claim for refugee protection without a hearing, if the Minister has not notified the Division, within the period set out in the rules of the Board, of the Minister's intention to intervene;
- (g) is not bound by any legal or technical rules of evidence;
- (h) may receive and base a decision on evidence that is adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances; and
- (i) may take notice of any facts that may be judicially noticed, any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

[20] The *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228 (the Rules) made pursuant to section 161 of the IRPA also set out specific rules concerning the refugee determination process of the Board, including requirements with respect to the Personal Information Form (the PIF), the provision and disclosure of documents, how to become counsel of record, the duties of an RPO, interventions by the Minister, and the reopening and abandoning of refugee claims.

[21] Parliament also vested in the Chairperson of the IRB various powers and responsibilities. Under subsection 159(1), the Chairperson, as the chief executive officer of the IRB, is charged with supervising and directing the work of staff of the IRB; apportioning work among members of the IRB and fixing the place,

170. Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés :

- a) procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation du bien-fondé de la demande;
- b) dispose de celle-ci par la tenue d'une audience;
- c) convoque la personne en cause et le ministre;
- d) transmet au ministre, sur demande, les renseignements et documents fournis au titre du paragraphe 100(4);
- e) donne à la personne en cause et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations;
- f) peut accueillir la demande d'asile sans qu'une audience soit tenue si le ministre ne lui a pas, dans le délai prévu par les règles, donné avis de son intention d'intervenir;
- g) n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve;
- h) peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision;
- i) peut admettre d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

[20] Les *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228 (les Règles), prises en application de l'article 161 de la LIPR, renferment également des règles précises concernant le processus de détermination du statut de réfugié de la Section, notamment au regard des exigences relatives au Formulaire de renseignements personnels (le FRP), à la fourniture et à la communication des documents, à la façon de devenir le conseil inscrit au dossier, aux obligations de l'APR, aux interventions du ministre, à la réouverture d'une demande d'asile et au désistement.

[21] Le législateur a également conféré différentes attributions au président de la Commission. Ainsi, aux termes du paragraphe 159(1), le président, en tant que premier dirigeant de la Commission, assure la direction et contrôle la gestion des activités du personnel de la CISR, répartit les affaires entre les commissaires, fixe

date and time of proceedings; and taking any action that may be necessary to ensure that the members of the IRB carry out their duties efficiently and without undue delay. The Chairperson also has the authority to issue guidelines in writing to members of the IRB to assist them in carrying out their duties:

**159.** (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

...

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, to assist members in carrying out their duties; . . . .

[22] Section 165 of the IRPA also provides that each member of both the Board and the Immigration Division “may do any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing.”

### 7. Guideline 7

[23] On October 30, 2003, as part of his action plan to reduce the backlog of refugee claims before the Board, the IRB Chairperson issued three procedural guidelines, including Guideline 7 “*Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*”, see Aterman affidavit at paragraphs 17-18. Guideline 7 addresses procedures for case preparation, hearing preliminaries and the conduct of refugee hearings. Paragraphs 19-23 of Guideline 7 set out a standard order for questioning refugee claimants, and the basis and procedure for varying the order of proceeding. Paragraph 24 limits questions to relevant information. I reproduce below the pertinent paragraphs:

#### 3.2 *Questioning*

...

19. In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant. If

les lieux, dates et heures des séances et prend les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité. Il a aussi le pouvoir de donner des directives écrites aux commissaires en vue de les aider dans l’exécution de leurs fonctions :

**159.** (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d’office des quatre sections; à ce titre :

[...]

h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l’immigration et en vue d’aider les commissaires dans l’exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel;

[22] En outre, l’article 165 de la LIPR prévoit que chacun des membres de la Section et de la Section de l’immigration « [peut] prendre les mesures qu’[il] juge utiles à la procédure ».

### 7. Les Directives n° 7

[23] Le 30 octobre 2003, dans le cadre de son plan d’action visant à réduire l’arriéré des demandes d’asile soumises à la Section, le président de la Commission a donné trois séries de directives touchant la procédure, dont les Directives n° 7 intitulées « *Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés* » : voir l’affidavit de M. Aterman, aux paragraphes 17 et 18. Les Directives n° 7 décrivent la procédure applicable à la préparation des cas, aux activités préliminaires à l’audience et à la conduite des audiences. Les paragraphes 19 à 23 de ces directives décrivent l’ordre normalisé des interrogatoires des demandeurs d’asile, les raisons pour lesquelles cet ordre peut être modifié et la façon de le faire. De plus, le paragraphe 24 limite les questions aux renseignements utiles. Je reproduis ci-dessous les paragraphes pertinents :

#### 3.2 *Interrogatoires*

[...]

19. Dans toute demande d’asile, c’est généralement l’APR qui commence à interroger le demandeur d’asile. En

there is no RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. Beginning the hearing in this way allows the claimant to quickly understand what evidence the member needs from the claimant in order for the claimant to prove his or her case.

20. In a claim for refugee protection where the Minister intervenes on an issue other than exclusion, for example, on a credibility issue, the RPO starts the questioning. If there is no RPO at the hearing, the member will start the questioning, followed by the Minister's counsel and then counsel for the claimant.
  21. In proceedings where the Minister intervenes on the issue of exclusion, Minister's counsel will start the questioning, followed by the RPO, the member, and counsel for the claimant. Where the Minister's counsel requests another chance to question at the end, the member will allow it if the member is satisfied that new matters were raised during questioning by the other participants.
  22. In proceedings where the Minister is making an application to vacate or to cease refugee protection, Minister's counsel will start the questioning, followed by the member, and counsel for the protected person. Where the Minister's counsel requests another chance to question at the end, the member will allow it if the member is satisfied that new matters were raised during questioning by the other participants.
  23. The member may vary the order of questioning in exceptional circumstances. For example, a severely disturbed claimant or a very young child might feel too intimidated by an unfamiliar examiner to be able to understand and properly answer questions. In such circumstances, the member could decide that it would be better for counsel for the claimant to start the questioning. A party who believes that exceptional circumstances exist must make an application to change the order of questioning before the hearing. The application has to be made according to the *RPD Rules*.
  24. The member will limit the questioning by the RPO and counsel for the parties according to the nature and complexity of the issues. Questioning must bring out relevant information that will help the member make an informed decision. Questions that are answered by the claimant just repeating what is written in the PIF do not help the member.
- l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. Cette façon de procéder permet ainsi au demandeur d'asile de connaître rapidement les éléments de preuve qu'il doit présenter au commissaire pour établir le bien-fondé de son cas.
  20. Dans les demandes d'asile où l'intervention du ministre porte sur une question autre que l'exclusion, la crédibilité par exemple, l'APR commence l'interrogatoire. En l'absence d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire; viennent ensuite le conseil du ministre puis le conseil du demandeur d'asile.
  21. Dans les demandes où l'intervention du ministre porte sur la question de l'exclusion, le conseil du ministre interroge d'abord le demandeur d'asile; il est suivi de l'APR, du commissaire, puis du conseil du demandeur d'asile. Le commissaire donne au conseil du ministre la possibilité de ré-interroger le témoin à la fin de l'audience s'il est convaincu que les interrogatoires par les autres participants ont soulevé de nouvelles questions.
  22. Dans les demandes d'annulation ou de constat de perte d'asile présentées par le ministre, le conseil du ministre commence l'interrogatoire; il est suivi du commissaire, puis du conseil de la personne protégée. Le commissaire donne au conseil du ministre la possibilité de ré-interroger le témoin à la fin de l'audience s'il est convaincu que les interrogatoires par les autres participants ont soulevé de nouvelles questions.
  23. Le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, la présence d'un examinateur inconnu peut intimider un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant au point qu'il n'est pas en mesure de comprendre les questions ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. La partie qui estime que de telles circonstances exceptionnelles existent doit soumettre une demande en vue de changer l'ordre des interrogatoires avant l'audience. La demande est faite conformément aux *Règles de la SPR*.
  24. Le commissaire limite la portée de l'interrogatoire par l'APR et le conseil des parties selon la nature et la complexité des questions à trancher. L'interrogatoire doit servir à obtenir l'information pertinente qui aidera le commissaire à rendre une décision éclairée. Les questions invitant le demandeur d'asile à simplement réciter l'exposé circonstancié du FRP n'aident pas le commissaire.

[24] Guideline 7 was phased in between December 1, 2003 and May 31, 2004, and as of June 1, 2004 became fully implemented.

8. Does Guideline 7 violate the principles of natural justice and procedural fairness?

(1) Evidence before the Court

[25] Before I turn to consider the arguments of the parties, I will briefly review the evidence adduced in this application. The intervener and the respondent both submitted affidavits from persons knowledgeable in matters related to the refugee determination process conducted by the Board.

[26] The intervener relies on the evidence of three witnesses.

(a) Raoul Boulakia, who swore his affidavit on July 14, 2005, was called to the Bar of Ontario in 1990 and practises in Toronto in the area of immigration and refugee law. He is also the President of the Refugee Lawyers Association (the RLA), a voluntary association of lawyers practising refugee law in Ontario. He attests to the context behind the implementation of Guideline 7, and the RLA's belief that Board members are under pressure to apply Guideline 7. Mr. Boulakia also attests to the difficulties inherent in "reverse-order questioning" and the necessity of an "examination-in-chief" because of the unique features of refugee protection proceedings; namely, the appointment process for Board members; the adversarial style commonly adopted by RPOs; the funnelling of the claim by RPOs and Board members into their theory of the case; the incomplete nature of PIF narratives and tight filing deadline; and the particular vulnerabilities of refugee claimants. Mr. Boulakia states that Guideline 7 interferes with the right of refugee claimants to know the case against them and to present their claims. Finally, he attests that "reverse-order questioning" has not increased the efficiency of hearings before the Board. Annexed to Mr. Boulakia's affidavit are several exhibits, notably a performance appraisal checklist, e-mail correspondence concerning Board members allowing counsel to question first, and an excerpt from the Board's decision in

[24] Les Directives n° 7 ont été mises en vigueur progressivement entre le 1<sup>er</sup> décembre 2003 et le 31 mai 2004. Elle se sont appliquées entièrement à compter du 1<sup>er</sup> juin 2004.

8. Les Directives n° 7 contreviennent-elles aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale?

1) La preuve présentée à la Cour

[25] Avant d'examiner les arguments des parties, je passerai brièvement en revue la preuve produite en l'espèce. L'intervenant et le défendeur ont déposé des affidavits de personnes connaissant bien le processus de détermination du statut de réfugié de la Section.

[26] L'intervenant s'appuie sur la déposition de trois témoins.

a) Raoul Boulakia, qui a signé son affidavit le 14 juillet 2005, a été admis au Barreau de l'Ontario en 1990. Il exerce le droit à Toronto dans les domaines de l'immigration et des réfugiés. Il est également le président de la Refugee Lawyers Association (la RLA), une association bénévole d'avocats défendant les réfugiés en Ontario. Il décrit le contexte dans lequel les Directives n° 7 ont été mises en vigueur et mentionne que la RLA est convaincue que des pressions sont exercées sur les commissaires pour qu'ils appliquent ces directives. M. Boulakia parle aussi des difficultés inhérentes à l'ordre inversé des interrogatoires et du fait qu'un interrogatoire principal est nécessaire en raison des caractéristiques uniques du processus de protection des réfugiés : le processus de nomination des commissaires, le style accusatoire souvent adopté par les APR, le fait que les APR et les commissaires orientent la demande en fonction de leur point de vue sur l'affaire, la nature incomplète de l'exposé circonstancié contenu dans le FRP, le délai de dépôt serré et la vulnérabilité particulière des demandeurs d'asile. M. Boulakia affirme que les Directives n° 7 portent atteinte au droit des demandeurs d'asile de savoir ce qu'on entend faire valoir contre eux et d'exposer leur cause. Finalement, il soutient que l'ordre inversé des interrogatoires n'a pas eu pour effet de rendre les audiences de la Section plus efficaces. Plusieurs pièces, en particulier une liste de

*Baskaran* (Board File: TA1-07530 [*R.A.Y. (Re)*, [2002] C.R.D.D. No. 236 (QL)]).

On cross-examination, Mr. Boulakia acknowledged that it is possible to amend the PIF up to and at the hearing, but states there are dangers of the Board viewing the late amendment as adverse to the claimant's credibility. While noting the difficulties in getting satisfactory responses as to the issues still outstanding after the RPO and Board member question the claimant, Mr. Boulakia acknowledged that some Board members are quite cooperative and candid with counsel. Mr. Boulakia admitted that where Board members apply the exception provided for under Guideline 7 and allow counsel to question first there is no question about the fairness of the guideline.

(b) James Donald Galloway, who swore his affidavit on May 25, 2005, is a Professor of Law at the University of Victoria, a position he has held since 1994. He was previously a Professor of Law at Queen's University. From 1998 to 2001, Professor Galloway served as a member of the then Convention Refugee Determination Division of the IRB in Vancouver. After his tenure as a Board member, he provided personal training to Board members in Vancouver, including jurisprudential training. Professor Galloway gives his opinion on why an "examination-in-chief" is fundamental to a just determination of refugee protection claims. He attests to the inaccuracy or incompleteness of the following perceptions used to justify "reverse-order questioning", namely:

- (a) that refugee determination proceedings are non-adversarial;
- (b) that the PIF substitutes for an examination-in-chief;
- (c) that reverse-order questioning complies with natural justice because there is no abrogation of the right to an oral hearing;

contrôle de l'évaluation du rendement, des courriels concernant des commissaires qui ont autorisé le conseil à être le premier à interroger le demandeur et un extrait de la décision rendue par la Section dans *Baskaran* (dossier de la Section : TA1-07530 [*R.A.Y. (Re)*, [2002] D.S.S.R. n° 236 (QL)]), sont joints à son affidavit.

Lors de son contre-interrogatoire, M. Boulakia a reconnu qu'il est possible de modifier le FRP avant et pendant l'audience, mais, selon lui, la modification tardive du FRP peut soulever des doutes dans l'esprit des commissaires au sujet de la crédibilité du demandeur. Tout en notant qu'il est difficile d'obtenir des réponses satisfaisantes aux questions toujours pendantes après que l'APR et le commissaire ont interrogé le demandeur, M. Boulakia a reconnu que certains commissaires se montrent plutôt coopératifs et sincères avec les conseils. Il a admis que l'équité des Directives n° 7 ne fait aucun doute lorsque les commissaires appliquent l'exception qu'elles prévoient et permettent aux conseils de poser les premières questions.

b) James Donald Galloway, qui a signé son affidavit le 25 mai 2005, enseigne le droit à l'Université de Victoria depuis 1994, après avoir été professeur de droit à l'Université Queen's. De 1998 à 2001, il a été membre de la Section du statut de réfugié—une section qui n'existe plus—de la Commission à Vancouver. Par la suite, il a donné de la formation à des commissaires à Vancouver, notamment en matière de jurisprudence. Le professeur Galloway explique pourquoi, à son avis, l'interrogatoire principal est fondamental pour que des décisions justes soient rendues relativement aux demandes d'asile. Selon lui, les perceptions suivantes dont on se sert pour justifier l'ordre inversé des interrogatoires sont inexactes ou incomplètes :

- a) le processus de détermination du statut de réfugié est non contradictoire;
- b) le FRP remplace l'interrogatoire principal;
- c) l'ordre inversé des interrogatoires est conforme à la justice naturelle parce qu'il n'abroge pas le droit à une audition;

(d) that the expertise of RPOs obviates the need for an examination-in-chief by the claimant's counsel;

(e) that paragraphs 19 and 23 of Guideline 7 do not fetter the discretion of Board members;

(f) that the exceptional circumstances of Guideline 7 ensure that vulnerable claimants will not be subjected to procedures which may intimidate them; and

(g) that reverse-order questioning promotes efficiency.

In Professor Galloway's opinion, Guideline 7 prevents a claimant from adequately presenting her or his claim by allowing the RPO to define presumptively the nature of the claim rendering the right to an oral hearing illusory. With regard to fettering discretion, Professor Galloway is also of the view that Board members would conform to the standard mode of proceeding rather than exercise their discretion on a case-by-case basis, given the strong, mandatory language of Guideline 7 and Board members' loyalty to the Board and the Chairperson.

On cross-examination, Professor Galloway acknowledged that he has not attended any refugee hearings since he left the IRB in 2001. Regarding the nature of questioning during refugee hearings, Professor Galloway agreed that Board members have a responsibility to ask pointed, probing questions and admitted that he sees asking tough questions as being adversarial. With regard to fettering, he stated that even if there are no negative repercussions for not following Guideline 7, that does not mean there are no institutional pressures to conform.

(c) Donald Payne, who swore his affidavit on June 9, 2005, is a medical doctor and has been a certified specialist in psychiatry for over 30 years. He is proffered as an expert on the psychiatric and psychological conditions of refugee claimants who appear before the Board. Dr. Payne has performed psychiatric assessments

d) l'expertise des APR rend inutile l'interrogatoire principal du demandeur par son conseil;

e) les paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 n'entravent pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires;

f) les circonstances exceptionnelles dont il est question dans les Directives n° 7 font en sorte que les demandeurs vulnérables ne feront pas l'objet de procédures qui pourraient les intimider;

g) l'ordre inversé des interrogatoires rend le processus plus efficace.

Selon le professeur Galloway, les Directives n° 7 empêchent un demandeur de bien exposer sa cause en permettant à l'APR de présumer de la nature de sa demande, ce qui rend illusoire le droit à une audition. En ce qui concerne l'entrave au pouvoir discrétionnaire, le professeur Galloway est d'avis également que les commissaires se conforment au mode de procédure normalisé au lieu d'exercer leur pouvoir discrétionnaire au cas par cas, à cause de leur loyauté envers la Section et le président et du libellé fortement contraignant des Directives n° 7.

Lors de son contre-interrogatoire, le professeur Galloway a reconnu qu'il n'a assisté à aucune audience relative au statut de réfugié depuis son départ de la Commission en 2001. En ce qui concerne la nature des interrogatoires menés pendant ces audiences, il a convenu que les commissaires doivent poser des questions précises et mener un interrogatoire serré et a admis qu'à ses yeux un interrogatoire rigoureux est accusatoire. Pour ce qui est de l'entrave au pouvoir discrétionnaire, il a déclaré que, même si le fait de ne pas respecter les Directives n° 7 n'entraîne aucune conséquence négative, il n'est pas dit que les commissaires ne subissent pas des pressions de la part de l'organisation pour qu'ils s'y conforment.

c) Donald Payne, qui a signé son affidavit le 9 juin 2005, est psychiatre depuis plus de 30 ans. On dit de lui qu'il est un spécialiste des troubles psychiatriques et psychologiques des demandeurs d'asile qui comparaissent devant la Section. Le Dr Payne a effectué l'évaluation psychiatrique de plus de 1 450 victimes de

on more than 1,450 victims of persecution from more than 90 countries, and he has testified before the Board on more than 20 occasions. Dr. Payne comments on the following vulnerabilities faced by refugee claimants that interfere with their ability to accurately testify at their hearings:

- (a) Post-Traumatic Stress Disorder (PTSD),
- (b) experiences of torture, humiliation and degradation,
- (c) psychological suppression and/or repression,
- (d) marked anxiety,
- (e) marked depression, and
- (f) distrust of people and conditioned fear of government officials and police.

Dr. Payne attests that claimants need to feel they are understood and their experiences heard, and that aggressive and repeated questioning by government officials only exacerbates claimants' anxiety. He further comments that it is extremely important that the environment at refugee hearings be made as non-threatening as possible for claimants. In Dr. Payne's opinion, having refugee claimants questioned first by their counsel, a non-government agent whose role is to represent claimants' interests and whom the claimants have previously met and have grown to trust, is more likely to promote effective testimony from refugee claimants who have been subjected to persecution.

On cross-examination, Dr. Payne acknowledged that he has not attended a refugee hearing since Guideline 7 was implemented. He stated that to his knowledge there have been no scientific studies finding that persons suffering from PTSD perform better if examined in chief first. He also admitted that it is the hostile manner of questioning that affects vulnerable refugee claimants most adversely, and that vulnerable claimants may experience distress even when their counsel questions them first.

persécution venant de plus de 90 pays, et il a témoigné devant la Section plus de 20 fois. Il traite des troubles suivants qui empêchent les demandeurs d'asile de témoigner avec exactitude à leur audience :

- a) le syndrome de stress post-traumatique (SSPT);
- b) la torture, l'humiliation et les actes dégradants;
- c) le refoulement ou la répression psychologiques;
- d) une grande anxiété;
- e) une dépression marquée;
- f) une méfiance à l'endroit des gens et une crainte conditionnée à l'égard des représentants de l'État et de la police.

Le Dr Payne affirme que les demandeurs d'asile ont besoin de sentir qu'ils sont compris et que leurs expériences sont prises en compte. Il ajoute que des questions répétées posées sur un ton agressif par des représentants de l'État ne font qu'aggraver leur anxiété. À ses yeux, il est extrêmement important de créer, lors des audiences relatives au statut de réfugié, un environnement qui soit le moins menaçant possible pour les demandeurs. Selon lui, le témoignage d'un demandeur d'asile qui a été victime de persécution sera probablement plus efficace s'il est d'abord interrogé par son procureur, une personne qui n'est pas un représentant de l'État, qu'il connaît déjà, à qui il fait confiance et dont le rôle est de défendre ses intérêts.

Lors de son contre-interrogatoire, le Dr Payne a reconnu qu'il n'a pas assisté à une audience relative au statut de réfugié depuis que les Directives n° 7 ont été mises en application. Il a dit qu'il ne connaissait aucune étude scientifique révélant que les personnes souffrant du SSPT s'en tirent mieux si elles sont d'abord interrogées par leur conseil. Il a admis également que ce sont les interrogatoires menés de manière hostile qui affectent le plus les demandeurs d'asile vulnérables et que ces derniers peuvent être perturbés même s'ils sont interrogés d'abord par leur conseil.

[27] The respondent relies on the evidence of one witness.

(a) Paul Aterman, who swore his affidavit on August 16, 2005, is a lawyer and the Director General, Operations Branch, of the Board. His duties include coordinating initiatives to reform the refugee determination process at the Board. Mr. Aterman attests to the role of RPOs, the responsibility and authority of Board members, and the inquisitorial manner in which refugee protection determination hearings are conducted. He comments on the purpose of Chairperson's Guidelines and Guideline 7 specifically. Mr. Aterman states that prior to implementing Guideline 7, there was no standard order of questioning, and that part of the rationale behind Guideline 7 was to foster national consistency. He attests to the greater efficiency that has been realized since the implementation of Guideline 7. Attached to Mr. Aterman's affidavit are a number of exhibits, which include:

- (a) the policy on the use of Chairperson's Guidelines and the Chairperson's Guidelines 5, 6 and 7;
- (b) issues of the "*IRB News*" with information on Guideline 7;
- (c) manuals used for training RPOs and Board members;
- (d) decisions in which Board members have addressed challenges to the general validity of Guideline 7; and
- (e) decisions in which Board members have varied the standard order of questioning and allowed counsel to question claimants first.

On cross-examination, Mr. Aterman stated that part of the motivation behind Guideline 7 was to reduce hearing time. Later on though, he stated that the Chairperson did not implement Guideline 7 to reduce the length of hearings but to extend the Board's inquisitorial mandate. He also commented that the reason for RPOs and members to go first is that they are in a better position to know what the Board really needs to determine the

[27] Le défendeur s'appuie quant à lui sur le témoignage d'une seule personne.

a) Paul Aterman, qui a signé son affidavit le 16 août 2005, est un avocat et le directeur général des opérations de la Section. Il est notamment chargé de coordonner les initiatives visant à modifier le processus de détermination du statut de réfugié. Dans son affidavit, il décrit le rôle des APR, les attributions des commissaires et le caractère inquisitoire des audiences relatives au statut de réfugié. Il traite de l'objet des directives du président, en particulier des Directives n° 7. M. Aterman affirme qu'avant l'entrée en vigueur des Directives n° 7, il n'y avait pas d'ordre normalisé des interrogatoires et que ces directives ont été données par le président dans le but notamment d'assurer une certaine uniformité à l'échelle nationale. Il fait état de la plus grande efficacité résultant des Directives n° 7. Plusieurs pièces sont jointes à son affidavit, notamment :

- a) la politique sur l'application des directives du président et les Directives n<sup>os</sup> 5, 6 et 7;
- b) les numéros des « *Nouvelles de la CISR* » renfermant de l'information sur les Directives n° 7;
- c) des guides de formation des APR et des commissaires;
- d) des décisions de la Section relatives à des contestations de la validité générale des Directives n° 7;
- e) des décisions dans lesquelles des commissaires ont modifié l'ordre normalisé des interrogatoires et ont permis au procureur d'interroger le demandeur le premier.

Lors de son contre-interrogatoire, M. Aterman a mentionné que les Directives n° 7 visaient notamment à réduire la durée des audiences. Il a ensuite dit cependant que le président n'avait pas donné les Directives n° 7 pour réduire la durée des audiences, mais pour élargir le mandat de la Section en matière d'enquête. Il a mentionné également que les APR et les commissaires sont les premiers à poser les questions parce qu'ils sont

claim. He admitted that Board members and RPOs only received a four-hour training session on the manner of questioning prior to the implementation of Guideline 7. However, he denied that RPOs and Board members were trained to funnel the evidence towards a negative conclusion. He acknowledged that prior to June 1, 2004, “reverse-order questioning” was not used at hearings in Toronto without the claimant’s consent. He further acknowledged that there is monitoring of the implementation of the guideline through managers in the regional offices, and that some individual members have been asked why they had not followed Guideline 7. However, he stated that monitoring is necessary to find out how effective the change is and whether any professional development needs arise. He stated that Guideline 7 is not a set of directives and that members exercise their discretion. That said, he acknowledged that Board members are expected to apply the Chairperson’s Guidelines or to justify their reasons for not doing so.

## (2) Positions of the parties

[28] On the question of natural justice and procedural fairness, I will summarize the parties’ positions.

[29] The applicant asserts that the person who bears the onus of proof has the right to present her or his case prior to being questioned by other participants at the hearing; that is, the right to conduct an “examination-in-chief”. The applicant contends that this principle is supported by the jurisprudence of the Federal Court.

[30] The intervener also asserts that Guideline 7 violates the principles of natural justice and procedural fairness by circumscribing a refugee claimant’s ability to present her or his case, and as a consequence, rendering the right to an oral hearing illusory. More specifically, the intervener argues that because of the importance of an “examination-in-chief” in allowing refugee claimants to introduce their claims, to find their voice, and to control the presentation of evidence, principles of natural justice and procedural fairness

mieux placés pour savoir ce dont la Section a réellement besoin pour statuer sur les demandes. Il a reconnu que les commissaires et les APR ont reçu seulement une formation de quatre heures sur la façon de mener des interrogatoires avant l’entrée en vigueur des Directives n° 7. Il a nié cependant qu’ils ont appris à orienter la preuve vers une conclusion défavorable. Il a reconnu que l’ordre inversé des interrogatoires n’était pas appliqué à Toronto sans le consentement du demandeur avant le 1<sup>er</sup> juin 2004. Il a reconnu également que les gestionnaires des bureaux régionaux suivent de près l’application des Directives n° 7 et que certains commissaires ont dû expliquer pourquoi ils ne les avaient pas suivies. Il a affirmé cependant qu’une telle surveillance est nécessaire pour savoir dans quelle mesure le changement est efficace et si une formation continue est requise. Il a mentionné que les Directives n° 7 ne sont pas des ordres et que les commissaires exercent leur pouvoir discrétionnaire. Cela dit, il a reconnu qu’on attend des commissaires qu’ils appliquent les directives du président ou qu’ils expliquent pourquoi ils ne le font pas.

## 2) Les arguments des parties

[28] Je résumerai maintenant les arguments des parties sur la question de la justice naturelle et de l’équité procédurale.

[29] Le demandeur prétend que la personne qui a le fardeau de la preuve a le droit d’exposer sa cause avant d’être interrogée par les autres participants à l’audience, c’est-à-dire qu’elle a le droit de procéder à un interrogatoire principal. Le demandeur soutient que ce principe est étayé par la jurisprudence de la Cour fédérale.

[30] L’intervenant prétend que les Directives n° 7 contreviennent aux principes de justice naturelle et d’équité procédurale en limitant la capacité d’un demandeur d’asile d’exposer sa cause et, du même coup, en rendant illusoire le droit à une audition. Il fait valoir plus précisément que, compte tenu de l’importance que revêt l’interrogatoire principal en permettant à un demandeur de présenter sa demande, de se faire entendre et de contrôler la présentation de la preuve, les principes de justice naturelle et d’équité procédurale

demand that a refugee claimant have the right to be questioned by her or his counsel first. In support of its contention, the intervener points to particular features of the refugee determination process that result in Guideline 7 being unfair:

- (a) the differing roles of the RPOs, members and counsel;
- (b) the adversarial nature of refugee proceedings;
- (c) the inadequacy of the PIF in setting out the claim; and
- (d) the unique vulnerabilities of refugee claimants.

[31] Both the applicant and the intervener refer to the opportunity for counsel of the applicant to question first as an “examination-in-chief”.

[32] With respect to these allegations, the respondent asserts that the principles of natural justice and procedural fairness do not stipulate that ensuring that refugee claimants have an adequate opportunity to state their case and to know the case they have to meet requires that refugee claimants be allowed to present their case by way of an “examination-in-chief”. Further, the respondent argues that the applicant and intervener’s contention of a right to an “examination-in-chief” is based on a false analogy between the conduct of criminal and civil proceedings and the Board’s proceedings. Unlike the former proceedings, the respondent submits that refugee determination proceedings are administrative and non-adversarial.

[33] The respondent argues that the general validity of Guideline 7 has been upheld in several decisions of the Court. The respondent also contends that denials of procedural fairness must be considered on a case-by-case basis, and in the present case the applicant has not presented any evidence that by following Guideline 7, the Board deprived the applicant of any procedural protection. For these reasons, the respondent submits that this Court should not entertain the applicant’s allegations of procedural unfairness.

exigent qu’il ait le droit d’être interrogé d’abord par son procureur. Au soutien de sa prétention, l’intervenant souligne certaines caractéristiques particulières du processus de détermination du statut de réfugié qui font en sorte que les Directives n° 7 sont inéquitables :

- a) les rôles différents des APR, des commissaires et des procureurs;
- b) la nature contradictoire des procédures relatives aux réfugiés;
- c) le fait que le FRP ne permet pas d’exposer la demande de manière adéquate;
- d) la vulnérabilité particulière des demandeurs d’asile.

[31] Le demandeur et l’intervenant utilisent l’expression « interrogatoire principal » afin de désigner la possibilité, pour le procureur du demandeur, d’interroger celui-ci en premier.

[32] En réponse à ces allégations, le défendeur soutient que les principes de justice naturelle et d’équité procédurale n’exigent pas, pour que les demandeurs d’asile aient une possibilité suffisante d’exposer leur cause et de connaître les points qu’ils doivent faire valoir, qu’ils soient autorisés à présenter leur demande dans le cadre d’un interrogatoire principal. Il soutient en outre que le demandeur et l’intervenant se fondent sur une fausse analogie entre les audiences en matière pénale et en matière civile et les audiences de la Section pour revendiquer un droit à un interrogatoire principal. Le défendeur fait valoir que, contrairement aux premières, les audiences relatives au statut de réfugié sont de nature administrative et ne sont pas contradictoires.

[33] Le défendeur rappelle que la validité générale des Directives n° 7 a été reconnue dans plusieurs décisions de la Cour. Il soutient que les dénis d’équité procédurale doivent être examinés au cas par cas et que le demandeur en l’espèce n’a pas produit de preuve indiquant que la Section l’avait privé d’une protection procédurale en suivant les Directives n° 7. Pour ces motifs, le défendeur soutient que la Cour ne devrait pas entendre les allégations du demandeur concernant l’absence d’équité procédurale.

[34] The intervener advances two further arguments. First, the intervener contends that Guideline 7 unlawfully fetters the discretion of Board members because it is *de facto* mandatory and binding. Second, the intervener argues that Guideline 7 is unlawful because it distorts the adjudicative role of Board members, particularly by adding duties which are incompatible with members' primary responsibility of decision making.

[35] The respondent argues that Guideline 7 was issued pursuant to the Chairperson's statutory authority and does not fetter the discretion of Board members as it is not binding and explicitly contemplates Board members varying the order of questioning. In response to the second allegation, the respondent submits that Guideline 7 is consistent with the Board's inquisitorial mandate and the duty of members to assess the merits of claims in an informal, quick and fair manner.

### (3) Analysis

#### (i) Does Guideline 7 deny the applicant the right to be heard?

[36] The first ground upon which the applicant and the intervener challenge Guideline 7 is that it is inherently unfair not to allow a claimant's counsel to question the claimant first, before the RPO or Board member does. The applicant and the intervener contend that refugee claimants have a right to conduct "examination-in-chief". The respondent argues that neither the principles of natural justice nor paragraph 170(e) of the IRPA—the requirement that the Board allow an applicant a reasonable opportunity to present evidence, question witnesses and make representations—gives claimants such a right.

[37] It is useful at the outset to dispose of the following three arguments raised by the respondent and the applicant before considering the duty of fairness, namely:

(1) The respondent asserts that the Federal Court has already confirmed the validity of Guideline 7;

[34] L'intervenant avance deux autres arguments. Premièrement, il soutient que les Directives n° 7 entravent illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires parce qu'elles sont impératives et contraignantes dans les faits. Deuxièmement, il soutient que ces directives sont illégales parce qu'elles déforment le rôle de décideur des commissaires, en particulier en leur imposant des obligations qui sont incompatibles avec leur principale fonction de décideur.

[35] Le défendeur fait valoir que le président a donné les Directives n° 7 en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la loi et que celles-ci n'entravent pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires car elles ne sont pas contraignantes et permettent explicitement aux commissaires de modifier l'ordre des interrogatoires. Le défendeur répond au deuxième argument que les Directives n° 7 sont conformes au mandat de la Section en matière d'enquête et à l'obligation des commissaires d'évaluer le bien-fondé des demandes de manière informelle, expéditive et équitable.

### 3) Analyse

#### i) Les Directives n° 7 privent-elles le demandeur du droit d'être entendu?

[36] Le premier motif invoqué par le demandeur et l'intervenant pour contester les Directives n° 7 est qu'il est fondamentalement injuste de ne pas permettre au procureur d'un demandeur d'interroger celui-ci en premier, avant l'APR ou le commissaire. Le demandeur et l'intervenant soutiennent que les demandeurs d'asile ont le droit de mener un interrogatoire principal. Pour sa part, le défendeur prétend que ni les principes de justice naturelle ni l'alinéa 170e) de la LIPR—qui oblige la Section à donner au demandeur et au ministre la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations—ne confèrent un tel droit aux demandeurs.

[37] Il convient de disposer des trois arguments suivants du défendeur et du demandeur avant de traiter de l'obligation d'agir équitablement :

1) le défendeur soutient que la Cour fédérale a déjà confirmé la validité des Directives n° 7;

(2) The respondent argues that the applicant's allegation of procedural unfairness is hypothetical and therefore should not be entertained by the Court; and

(3) The applicant contends that the right of refugee claimants to be questioned first by counsel has been established by the Court.

I will deal with each of these arguments in turn.

[38] The respondent argues that the Court has already upheld the general validity of the Guideline 7 and as a result, this Court should follow those precedents. It is true that the Court has previously concluded that Guideline 7 is not inconsistent with the principles of natural justice and procedural fairness. In *Cortes Silva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 738, at paragraph 13, Madam Justice Gauthier held that Guideline 7 "does not constitute a breach of the *audi alteram partem* [the right to be heard] rule, because it is evident that the applicant was fully afforded the right to be heard in order to argue the merits of his claim for refugee protection." In the more recent decision of *Zaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1066 at paragraph 13, Madam Justice Snider concluded that, "as have numerous of my colleagues," the implementation of Guideline 7 in Board hearings is not, in and of itself, a breach of procedural fairness. However, Justice Snider continued on to say at paragraph 14 that a claimant may still be able to establish that he or she was denied a meaningful opportunity to make out his or her case.

The relevant question is whether the procedure, on the facts of this case, resulted in unfairness to the Applicant. That requires an examination of the record on two aspects: (i) whether the RPD fettered its discretion in its refusal to return to the familiar, counsel-first order; and (ii) whether the order of questioning resulted in the Applicant not being afforded the right to be heard.

[39] The Court both in *Cortes Silva* and in *Zaki* held that whether or not a breach of procedural fairness has occurred must be determined on a case-by-case basis and in circumstances that are not hypothetical.

2) le défendeur soutient que le demandeur se fonde sur des hypothèses pour prétendre qu'il n'a pas eu droit à l'équité procédurale, de sorte que la Cour ne devrait pas examiner cette allégation;

3) le demandeur soutient que le droit d'un demandeur d'asile d'être interrogé d'abord par son procureur a été établi par la Cour.

J'examinerai maintenant chacun de ces arguments.

[38] Le défendeur soutient que la Cour a déjà reconnu la validité générale des Directives n° 7 et que, en conséquence, elle devrait se conformer à ces précédents. Il est vrai que la Cour a déjà conclu que les Directives n° 7 étaient conformes aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Dans *Cortes Silva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 738, la juge Gauthier a statué, au paragraphe 13, que les Directives n° 7 « ne constitu[ent] pas un manquement à la règle *audi alteram partem* [le droit d'être entendu] puisqu'il est évident que le demandeur a pleinement eu le droit d'être entendu afin de faire valoir le bien-fondé de sa demande d'asile ». Plus récemment, dans *Zaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1066, la juge Snider a conclu, au paragraphe 13, « [c]omme nombre de mes collègues », que l'application des Directives n° 7 aux audiences de la Section ne constitue pas en soi un manquement à l'équité procédurale. Elle a toutefois ajouté au paragraphe 14 qu'un demandeur peut toujours démontrer qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable d'exposer sa cause :

Le point à décider est celui de savoir si, eu égard aux circonstances de la présente affaire, la procédure a entraîné une iniquité pour le demandeur. Il faut pour cela examiner le dossier sous deux aspects : (i) la SPR a-t-elle réduit son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a refusé de revenir à l'ordre habituel qui donne priorité à l'interrogatoire du conseil? et (ii) l'ordre des interrogatoires a-t-il eu pour effet de priver le demandeur de son droit d'être entendu?

[39] La Cour a statué dans *Cortes Silva* et *Zaki* que la question de savoir s'il y avait eu manquement à l'équité procédurale devait être tranchée au cas par cas et dans des circonstances qui ne sont pas théoriques.

[40] The Court has also upheld the general validity of Guideline 7 in *B.D.L. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 866; *Martinez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1121; and *Fabiano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1260.

[41] While the previous decisions of the Court considering Guideline 7 are instructive, in my opinion, they are not determinative of the issues before this Court. First, it does not appear that the Court in those cases had the benefit of such extensive arguments and evidence on Guideline 7 as are now before this Court. Second, the applicant and intervener contend that the right to be heard in the adjudication of refugee claims includes the right of claimants to have their counsel proceed first in questioning. The intervener further argues that Guideline 7 is unlawful because it fetters the discretion of Board members and distorts the adjudicative role of the Board. These arguments have not yet been comprehensively canvassed and determined by the Court. I will address these issues later in these reasons.

[42] The respondent also asserts that the applicant's allegation of procedural unfairness is hypothetical and as such should not be entertained by the Court. The respondent notes that there is no evidence before the Court that the applicant was prevented from stating his case, that the applicant was suffering from PTSD or any other particular vulnerability, or that he was questioned improperly. Indeed, the applicant does not assert any such improprieties by the RPO or Board member or impediments to his ability to testify at the hearing.

[43] The applicant does not allege that on the specific facts of the conduct of his refugee hearing that the use of the Chairperson's standard order questioning procedure led to a breach of natural justice. Rather, his allegation is that, in general, Guideline 7 violates the principles of natural justice. In my opinion, the applicant's argument is not hypothetical. The applicant challenged Guideline 7 from the outset. In this instant case, the Court is asked

[40] La Cour a aussi reconnu la validité générale des Directives n° 7 dans *B.D.L. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 866; *Martinez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1121; *Fabiano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1260.

[41] Bien que les décisions rendues par la Cour relativement aux Directives n° 7 soient instructives, elles ne sont pas déterminantes, à mon avis, en ce qui concerne les questions sur lesquelles la Cour doit se prononcer en l'espèce. D'abord, la Cour ne semble pas avoir bénéficié, dans ces affaires, d'arguments et d'éléments de preuve aussi nombreux qu'en l'espèce. Ensuite, le demandeur et l'intervenant soutiennent que le droit d'un demandeur d'être entendu à l'audience relative à sa demande d'asile inclut le droit de voir son procureur amorcer les interrogatoires. L'intervenant soutient également que les Directives n° 7 sont illégales parce qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires et déforme le rôle de décideur de la Section. La Cour n'a jamais examiné de façon approfondie ces arguments et n'a jamais rendu de décision à leur sujet. J'aborderai ces questions un peu plus loin dans les présents motifs.

[42] Le défendeur soutient également que l'allégation d'absence d'équité procédurale du demandeur repose sur des hypothèses et que, pour cette raison, elle ne devrait pas être examinée par la Cour. Il souligne que la Cour ne dispose d'aucune preuve indiquant que le demandeur n'a pas pu exposer sa cause, qu'il souffrait du SSPT ou était vulnérable pour une autre raison, ou qu'il n'a pas été interrogé de façon appropriée. En fait, le demandeur ne reproche rien à cet égard à l'APR ou au commissaire et ne prétend pas qu'il n'a pas pu témoigner pleinement à l'audience.

[43] Le demandeur n'allègue pas que les faits relatifs à la conduite de son audience montrent qu'il y a eu manquement à la justice naturelle parce que l'ordre normalisé des interrogatoires a été appliqué, mais plutôt que les Directives n° 7 contreviennent de manière générale aux principes de justice naturelle. À mon avis, cette allégation ne repose pas sur des hypothèses. Le demandeur a contesté les Directives n° 7 dès le début.

to determine whether the standard order of questioning provided in Guideline 7 is inherently unfair in that it violates the principles of natural justice and procedural fairness. In my view such an argument is appropriately raised in the circumstances. If it is established that the procedure by its very nature violates the principles of fairness in the circumstances of the applicant's case, then the decision of the Board is unlawful. Therefore, the question of procedural fairness is a proper one for consideration by this Court.

[44] The applicant contends that the jurisprudence of the Federal Court establishes that refugee claimants must be allowed to be questioned first by their own counsel. Specifically, the applicant cites four decisions: *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *Ganji v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (F.C.T.D.); *Atwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 258 (F.C.T.D.); and *Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.).

[45] In particular, the applicant submits that in *Kante* at paragraph 10, the Court established a refugee claimant's right to an "examination-in-chief":

I would suggest to counsel for applicants to remember at all times that as the burden of proof is on them they are entitled to present their case as they see fit.

[46] In my opinion, in none of these cases did the Court establish that the principles of natural justice and procedural fairness require that refugee claimants be questioned by their counsel first. In fact, whether the Board's choice of the order of questioning accorded with natural justice or procedural fairness was not before the Court in any of the cases. The cases all dealt with specific circumstances in which the Court held that the Refugee Board's conduct of the hearing was improper or led to an error in the Board's findings of fact.

[47] In *Kante*, the applicant had not raised any issue of procedural unfairness. Rather, Mr. Justice Nadon,

En l'espèce, la Cour doit déterminer si l'ordre normalisé des interrogatoires établi par les Directives n° 7 est fondamentalement inéquitable parce qu'il viole les principes de justice naturelle et d'équité procédurale. À mon avis, un tel argument peut être invoqué dans les circonstances. S'il est établi que, par sa nature même, la procédure viole les principes d'équité dans le cas du demandeur, alors la décision de la Section est illégale. Aussi, il convient que la Cour se penche sur la question de l'équité procédurale.

[44] Le demandeur soutient que la Cour fédérale a établi que les demandeurs d'asile doivent pouvoir être interrogés d'abord par leur procureur. Il cite quatre décisions en particulier : *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ganji c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1120 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Atwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1693 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.).

[45] Le demandeur soutient en particulier que la Cour a reconnu le droit d'un demandeur d'asile à un interrogatoire principal dans *Kante*, au paragraphe 10 :

Je ferais observer à l'avocat des requérants de toujours se rappeler que puisque le fardeau de la preuve leur incombe, ils ont droit de présenter leur cause comme ils l'entendent.

[46] À mon avis, la Cour n'a statué dans aucun de ces cas que les principes de justice naturelle et d'équité procédurale exigent qu'un demandeur d'asile soit d'abord interrogé par son procureur. En fait, la Cour n'était saisie dans aucune de ces affaires de la question de savoir si l'ordre des interrogatoires choisi par la Section était conforme à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Toutes ces décisions concernaient des circonstances particulières et, dans tous les cas, la Cour a statué que la Section des réfugiés n'avait pas dirigé l'audience de manière appropriée ou que la conduite de l'audience avait amené la Section à tirer des conclusions de fait erronées.

[47] Dans *Kante*, le demandeur n'avait pas soulevé la question de l'absence d'équité procédurale. Le juge

then of this Court, informed both parties that he was troubled by the fact that the Refugee Board had told counsel not to question the claimant regarding certain events. His comment, quoted above by the applicant, did not concern the validity of the order of questioning. In fact, it appears that the hearing was conducted with the claimant's counsel questioning first.

[48] In *Ganji*, the Court held that the Refugee Board acted unfairly by proceeding to question a minor claimant first despite the objections of the principal claimant (the child's mother and her designated representative). The Court also found that the counsel for the claimants did not serve their interests well in that he did not object to the Board's conduct or request an adjournment to consult with his clients. The Court concluded that the Board committed a reviewable error by failing to provide the claimants with a fair hearing.

[49] In *Atwal*, the Refugee Board was found to have acted unfairly because it interrupted counsel while he questioned the claimant (during his "examination-in-chief") and instructed him to cease a line of questioning. The Court held that the Board cannot prevent counsel from representing her or his client unless the representation involves irresponsible undue repetition or irrelevant material. However, the Court did not conclude that claimants have full control over the presentation of their case; rather, the Court acknowledged that the Board controls the procedure at a refugee hearing.

[50] In *Veres*, the Refugee Board had adopted a procedure of directly cross-examining the claimant without having him put his case in chief first. As the applicant in this case points out, Mr. Justice Pelletier did state that [at paragraph 25] "[o]ne would not think it contentious to say that the person who has the onus of proof must be given a fair chance to meet that onus." However, Mr. Justice Pelletier did not conclude that in the context of refugee determination hearings that claimants have an inherent right to lead their evidence first, as in civil or criminal court proceedings. Nor did

Nadon, qui était juge à la Cour à l'époque, a dit aux parties qu'il était préoccupé par le fait que la Section des réfugiés avait dit au procureur de ne pas interroger le demandeur sur certains événements. Ses remarques, que le demandeur a citées précédemment, ne concernaient pas la validité de l'ordre des interrogatoires. En fait, il appert que le procureur du demandeur a été le premier à interroger ce dernier.

[48] Dans *Ganji*, la Cour a décidé que la Section des réfugiés n'avait pas agi de manière équitable en interrogeant la première une demandeur mineure en dépit des objections de la demandeur principale (la mère de l'enfant et sa représentante désignée). La Cour a indiqué également que le procureur des demandeurs n'avait pas bien défendu leurs intérêts en ne s'opposant pas en bonne et due forme à la conduite de la Section et en ne demandant pas un ajournement afin de consulter ses clientes. Elle a conclu que la Section avait commis une erreur susceptible de contrôle en ne tenant pas une audition équitable.

[49] Dans *Atwal*, la Cour a estimé que la Section des réfugiés n'avait pas agi de manière équitable en interrompant le procureur pendant qu'il interrogeait le demandeur (pendant l'interrogatoire principal) et en lui demandant d'arrêter de poser des questions sur un sujet en particulier. La Cour a statué que la Section ne peut empêcher un procureur de représenter son client, sauf si le procureur se répète indûment et d'une façon irresponsable ou s'il présente des éléments non pertinents. La Cour n'a toutefois pas affirmé que les demandeurs ont le plein contrôle sur la présentation de leur cause. Elle a plutôt reconnu que c'est la Section qui dirige l'audience relative au statut de réfugié.

[50] Dans *Veres*, la Section des réfugiés avait décidé de contre-interroger directement le demandeur sans lui donner la possibilité d'exposer d'abord sa cause en interrogatoire principal. Comme le demandeur le rappelle en l'espèce, le juge Pelletier a souligné dans cette décision [au paragraphe 25] qu'« [o]n ne penserait pas qu'il est controversé de dire que la personne qui a le fardeau de la preuve doit se voir accorder une possibilité raisonnable de s'acquitter de ce fardeau ». Le juge Pelletier n'a toutefois pas conclu que, dans le contexte des audiences relatives au statut de réfugié, les

he find that not allowing the claimant to go first was, in itself, a breach of natural justice. Rather, Mr. Justice Pelletier stated that the unfairness arises where the Board in its reasons reproaches claimants for failing to provide some piece of evidence without putting the claimants on notice that they are at risk on that issue. At paragraph 28 of his decision, Mr. Justice Pelletier wrote:

It is clear that the CRDD is the master of its procedures. It is entitled to take economy of time into account in devising its procedures. It can equally direct which evidence it wishes to hear from the mouth of the witness and which it waives hearing. But when it says it does not need to hear from the witness, it cannot subsequently complain that it has not heard from the witness.

[51] The intervener, for its part, cites *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1724, as establishing that questioning first by counsel for the claimant is embodied in the right to an oral hearing. In that case, Mr. Justice Campbell called reversing of the order of questioning—that is, having the RPO question first—a “highly unusual” procedure. The intervener submits that Guideline 7 turns the exceptional way of proceeding into the norm. Even if that were the case, Mr. Justice Campbell did not expressly state that refugee claimants have the right to lead evidence, or that a failure to provide claimants the right to go first violates the principles of procedural fairness. I note that the refugee hearing at issue in *Herrera* was conducted before Guideline 7 was fully implemented. Ultimately, Mr. Justice Campbell allowed the application for judicial review because he found that the questioning by the Board was improper; he called it [at paragraph 4] “badgering cross-examination”. I agree with Madam Justice Snider in *Zaki*, who held that in *Herrera* the Court found that the type of cross-examination by the Board constituted an error, not the order of questioning *per se*.

[52] I further note that in several other cases that also predate Guideline 7, the Court held that starting with

demandeurs ont un droit inhérent de présenter leur preuve les premiers, comme en matière civile ou en matière pénale. Il n’a pas conclu non plus qu’il était contraire à la justice naturelle de ne pas avoir permis au demandeur d’exposer d’abord sa cause. Il a plutôt affirmé qu’il est inéquitable que la Section reproche aux demandeurs, dans ses motifs, de ne pas avoir fourni certains éléments de preuve sans leur avoir dit qu’ils se trouvaient dans une situation délicate à cet égard. Le juge Pelletier a écrit ce qui suit au paragraphe 28 de sa décision :

Il est clair que la SSR est maître de sa procédure. Elle est fondée à tenir compte de l’économie de temps dans l’élaboration de ses règles de procédure. Elle peut également décider quelle preuve elle veut entendre de la bouche du témoin et quelle preuve elle le dispense de présenter. Mais, quand elle dit qu’elle n’a pas besoin d’entendre le témoin, elle ne peut par la suite se plaindre qu’elle ne l’a pas entendu.

[51] Pour sa part, l’intervenant invoque la décision *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1724, parce que, selon lui, elle établit que l’interrogatoire du demandeur par son procureur en premier lieu est inclus dans le droit à une audition. Dans cette affaire, le juge Campbell a qualifié l’inversion de l’ordre des interrogatoires—selon lequel l’APR est le premier à poser les questions—de procédure « fort inhabituelle ». L’intervenant fait valoir que les Directives n° 7 font de l’exception la norme. Or, même si c’était le cas, le juge Campbell n’a pas dit expressément que les demandeurs d’asile ont le droit de présenter leur preuve en premier ou qu’il est contraire aux principes d’équité procédurale de ne pas leur permettre d’exposer d’abord leur cause. Je rappelle que, dans *Herrera*, l’audience devant la Section a eu lieu avant que les Directives n° 7 ne soient mises en vigueur entièrement. En fin de compte, le juge Campbell a accueilli la demande de contrôle judiciaire parce que, selon lui, l’interrogatoire fait par la Commission, qu’il a qualifié de [au paragraphe 4] « musclé », était inapproprié. Je suis d’accord avec la juge Snider qui a rappelé, dans *Zaki*, précitée, que la Cour avait dit, dans *Herrera*, que c’était le type de contre-interrogatoire mené par la Section, et non l’ordre des interrogatoires en tant que tel, qui constituait une erreur.

[52] J’aimerais rappeler également que la Cour a statué à plusieurs reprises avant la mise en application

questioning by the RPO does not, in itself, constitute a violation of the rules of natural justice: *Del Moral v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 98 (F.C.T.D.); *Cota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 872 (T.D.) (QL); and *Cruz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 F.T.R. 191 (F.C.T.D.). For instance, in *Cruz*, Mr. Justice Teitelbaum held that the panel member did not commit a reviewable error by allowing the refugee hearing officer to begin his cross-examination first because the panel is the master of its own procedure.

[53] In my opinion, the cases cited by the applicant and the intervener do not lead to the conclusion that a meaningful opportunity to present one's case includes a right to question first. Rather, they reaffirm that the Board is entitled to control the procedures of a hearing but that the Board must conduct the hearing in a way that does not unfairly restrict the claimant's right to present her or his case.

[54] The Court's jurisprudence has not settled whether a claimant appearing before the Board in a refugee determination hearing has the right to an "examination-in-chief" or whether not allowing the claimant's counsel to question first is inherently unfair. The applicant and the intervener must still establish that the principles of natural justice and procedural fairness dictate a particular order of questioning in refugee determination hearings before the Board in order to succeed on their argument.

[55] In the present case, it is not disputed by the parties that the adjudication of refugee claims by the Board demands a "higher order" of procedural fairness. Where the parties disagree is on the content of that duty of fairness, or more specifically, on the content of the right to an oral hearing.

[56] In summary, on the content of the duty of fairness the parties adopt the following positions. The applicant submits that as refugee hearings are quasi-judicial proceedings, the Board is required to set

des Directives n° 7 que commencer par l'interrogatoire de l'APR ne contrevenait pas en soi aux règles de justice naturelle : *Del Moral c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 782 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 872 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cruz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1266 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Par exemple, dans *Cruz*, le juge Teitelbaum a décidé que le tribunal n'avait commis aucune erreur susceptible de contrôle en permettant à l'agent d'audience de procéder d'abord au contre-interrogatoire car le tribunal est maître de sa propre procédure.

[53] À mon avis, les décisions invoquées par le demandeur et l'intervenant ne permettent pas de conclure qu'une possibilité raisonnable d'exposer sa cause inclut le droit d'être le premier à poser les questions. En fait, ces décisions confirment de nouveau que la Section peut contrôler le déroulement d'une audience, mais qu'elle doit mener celle-ci sans limiter de manière inéquitable le droit du demandeur d'exposer sa cause.

[54] La Cour n'a pas encore décidé de manière définitive si un demandeur d'asile qui comparait devant la Section a droit à un interrogatoire principal ou si le fait de ne pas permettre au procureur du demandeur d'être le premier à interroger celui-ci est fondamentalement inéquitable. Le demandeur et l'intervenant doivent encore, pour avoir gain de cause, démontrer que les principes de justice naturelle et d'équité procédurale dictent un ordre particulier pour les interrogatoires lors des audiences de la Section relatives au statut de réfugié.

[55] En l'espèce, les parties ne contestent pas que la résolution des demandes d'asile par la Section doit être assujettie à des normes d'équité procédurale [TRADUCTION] « plus rigoureuses ». C'est sur le contenu de cette obligation d'équité ou, plus précisément, sur la teneur du droit à une audition que les parties ne s'entendent pas.

[56] En résumé, les parties adoptent les positions suivantes en ce qui concerne le contenu de l'obligation d'équité. Le demandeur soutient que, comme les audiences relatives à une demande d'asile sont de nature

up procedures that more closely resemble a judicial, court-like model. The applicant asserts that, as a result, refugee claimants are entitled to an “examination-in-chief” conducted by her or his counsel. The intervener submits that a number of unique features in the refugee determination process and of refugee claimants necessitates an “examination-in-chief”. The respondent argues that proceedings before the Board are administrative and non-adversarial and that natural justice does not require such proceedings to be identical to criminal or civil proceedings. The respondent asserts that, as a consequence, the Board is not required to afford a claimant the right to an “examination-in-chief” for its proceedings to be fair.

[57] The Supreme Court of Canada provides guidance in determining the content of the duty of fairness in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. In deciding the procedural protections to be afforded in an administrative setting, the Supreme Court stated that the following factors are to be considered:

(1) the nature of the decision being made and the process followed in making it; that is, “the closeness of the administrative process to the judicial process”;

(2) the role of the particular decision within the statutory scheme;

(3) the importance of the decision to the individual affected;

(4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and

(5) the choice of procedure made by the agency itself.

[58] I note that Madam Justice L’Heureux-Dubé in *Baker* stated that the five factors set out above are not exhaustive; she acknowledged that other factors may be important in determining the requisite level of procedural fairness in a given set of circumstances. In making

quasi judiciaire, la Section est tenue d’établir des règles de procédure qui ressemblent davantage au modèle judiciaire. Il prétend en conséquence que les demandeurs d’asile ont droit à un interrogatoire principal mené par leur procureur. L’intervenant soutient qu’un interrogatoire principal est nécessaire en raison de plusieurs caractéristiques propres au processus de détermination du statut de réfugié et aux demandeurs d’asile. Le défendeur répond que les audiences devant la Section sont de nature administrative et non contradictoire et que la justice naturelle n’exige pas qu’elles soient identiques aux audiences en matière pénale ou en matière civile. La Section n’est donc pas tenue, selon lui, de donner au demandeur le droit à un interrogatoire principal pour que ses audiences soient équitables.

[57] La Cour suprême du Canada donne des indications utiles pour déterminer le contenu de l’obligation d’équité dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Elle a affirmé dans cet arrêt que les facteurs suivants doivent être pris en compte lorsqu’on décide quelles protections procédurales doivent être offertes devant un tribunal administratif :

1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir, c’est-à-dire « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire »;

2) la place de la décision à l’intérieur du régime législatif;

3) l’importance de la décision pour la personne visée;

4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;

5) le choix de procédure que l’organisme fait lui-même.

[58] Je rappelle que la juge L’Heureux-Dubé a souligné dans *Baker* que ces cinq facteurs ne sont pas exhaustifs. Elle a reconnu que d’autres facteurs peuvent également être importants lorsqu’on détermine le degré d’équité procédurale requis dans une situation donnée.

such a determination, Madam Justice L'Heureux-Dubé stated at paragraph 22 of *Baker* that it is necessary to keep in mind the values underlying the duty of fairness:

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

[59] It should also be noted that in *Baker*—a case that did not concern a refugee claimant or a refugee—the Supreme Court of Canada decided the case on the basis of the common-law duty of fairness; it declined to examine procedural protections afforded by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. In other cases, the Supreme Court of Canada has established that because of the potential consequences, the source of procedural protections for refugee claimants is the Charter; namely, the principles of fundamental justice guaranteed by section 7 of the Charter: see *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. That said, the Supreme Court of Canada has also held that it is appropriate to apply the common-law duty of fairness factors set out in *Baker* where the source of the duty is the Charter: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 113.

[60] In the instant case, neither the applicant nor the intervener argues that the Chairperson's standard order of questioning procedure violates the principles of fundamental justice guaranteed under section 7 of the Charter. Rather, they base their submissions on the common-law principles of natural justice and procedural fairness. Whatever the source of the duty of fairness in the circumstances of this case, I find it appropriate to proceed with a *Baker* analysis in determining the content of the procedural protections to be afforded to the applicant.

Elle a dit qu'il faut garder à l'esprit les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité, au paragraphe 22 de *Baker* :

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

[59] Il faut rappeler également que, dans *Baker*—un arrêt qui ne concernait pas un demandeur d'asile ou un réfugié—, la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur l'obligation d'équité existant en common law pour rendre sa décision. Elle a refusé d'examiner les protections procédurales offertes par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Dans d'autres arrêts, la Cour suprême du Canada a statué que, en raison des conséquences possibles, les protections procédurales accordées aux demandeurs d'asile sont celles de la Charte, à savoir les principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la Charte : voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Elle a également décidé qu'il convient d'appliquer les facteurs relatifs à l'obligation d'équité existant en common law qui sont énoncés dans *Baker* lorsque l'obligation découle de la Charte : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 113.

[60] En l'espèce, ni le demandeur ni l'intervenant ne prétendent que l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président contrevient aux principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la Charte. Ils appuient plutôt leurs prétentions sur les principes de justice naturelle et d'équité procédurale existant en common law. Peu importe l'origine de l'obligation d'équité en l'espèce, j'estime qu'il convient d'effectuer l'analyse décrite dans *Baker* pour déterminer la teneur des protections procédurales offertes au demandeur.

[61] The question before this Court is whether natural justice and procedural fairness require not only that the applicant has the right to an oral hearing before the Board, but also that the applicant has the right to have his counsel question him first at that oral hearing. The question can be succinctly stated as: does natural justice or procedural fairness dictate a particular order of questioning?

[62] Before turning to such an analysis, I wish to set out the context for the right to an oral hearing in the adjudication of refugee claims. The starting point in such a discussion is *Singh*. In that case, the Supreme Court of Canada held that the refugee determination process must provide an adequate opportunity for refugee claimants to be heard. Madam Justice Wilson held that, at a minimum, the concept of fundamental justice under section 7 of the Charter includes the notion of procedural fairness articulated by Mr. Chief Justice Fauteux in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at page 923:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law in Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice". Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

[63] The applicants in *Singh* had challenged the procedure before the then Immigration Appeal Board which did not provide them with an oral hearing on the merits of their claim. Madam Justice Wilson held that, where a serious question of credibility is involved, an oral hearing is required in the adjudication of refugee claims to accord with principles of fundamental justice but she did not further define the content of the right to an oral hearing.

[64] Where procedural fairness demands a right to a hearing, it also requires that the administrative agency ensure the hearings provide the parties with ample opportunity:

[61] La Cour doit déterminer si la justice naturelle et l'équité procédurale exigent non seulement que le demandeur ait droit à une audition devant la Section, mais également qu'il ait le droit d'être interrogé d'abord par son conseil lors de cette audition. La question peut être résumée ainsi : la justice naturelle et l'équité procédurale dictent-elles un ordre particulier pour les interrogatoires?

[62] Avant d'entreprendre cette analyse, j'aimerais situer le droit des demandeurs d'asile à une audition dans son contexte. Le point de départ de cet exercice est l'arrêt *Singh*, où la Cour suprême du Canada a statué que le processus de détermination du statut de réfugié doit offrir au demandeur d'asile une possibilité suffisante d'être entendu. La juge Wilson a affirmé que la notion de « justice fondamentale » qui figure à l'article 7 de la Charte englobe au moins la notion d'équité en matière de procédure énoncée clairement par le juge en chef Fauteux dans *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, à la page 923 :

En vertu de l'art. 2(e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une « audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale ». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

[63] Les demandeurs dans *Singh* avaient contesté la procédure suivie par la Commission d'appel de l'immigration de l'époque, qui ne prévoyait pas la tenue d'une audition sur le bien-fondé de leur demande. La juge Wilson a indiqué que, lorsqu'une question importante touchant la crédibilité se pose, les principes de justice fondamentale exigent qu'une audition ait lieu avant qu'il soit statué sur la demande d'asile, sans toutefois définir davantage le contenu du droit à une audition.

[64] Lorsque l'équité procédurale exige qu'une personne ait droit à une audition, elle exige également que l'organisme administratif veille à ce que les parties aient la possibilité :

- (a) to know the case against them,
- (b) to dispute, correct or contradict anything which is prejudicial to their position, and
- (c) to present arguments and evidence supporting their own case.

(Robert Macaulay and James Sprague, *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, looseleaf, (Toronto: Carswell, 1988), at page 12-6.)

[65] However, I note that Macaulay and Sprague further state at page 12-163 that in the common law there is no standard form of hearing:

... even in the context of oral hearings, there does not seem to be any one procedure pursuant to which the right to present arguments must be exercised. This is consistent with the general rule that a tribunal is empowered to determine its own procedure.

[66] The IRPA provides that the Board must hold a hearing in any proceeding before it: paragraph 170(b). However, the IRPA does not set out a particular form of the hearing. In fact, the IRPA does not require the Board to always hold an “in person” hearing; section 164 permits the Board to hold the hearing by way of “live telecommunication”, such as by videoconferencing.

[67] The key to evaluating the level of procedural content of a refugee determination hearing is whether the available procedures facilitate or frustrate the opportunity of the applicant to make an informed and effective presentation of his case to the Board. As such, it is useful to set out the way in which the applicant’s refugee protection claim unfolded:

- (a) the applicant made his claim at an inland immigration office; an immigration officer prepared a record of examination
- (b) the applicant filed his PIF

- a) de savoir ce qu’on entend faire valoir contre elles;
- b) de contester, de corriger ou de contredire tout ce qui est préjudiciable à leur thèse;
- c) de présenter des arguments et des éléments de preuve étayant leur cause.

(Robert Macaulay et James Sprague, *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, feuilles mobiles (Toronto, Carswell, 1988), à la page 12-6.)

[65] Je note cependant que Macaulay et Sprague mentionnent à la page 12-163 qu’il n’y a pas de forme d’audition normalisée en common law :

[TRADUCTION]

... [m]ême dans le contexte des auditions, il ne semble pas y avoir une procédure unique devant être suivie par une personne qui exerce son droit de présenter des arguments. Cela est conforme à la règle générale selon laquelle un tribunal administratif a le pouvoir d’établir lui-même sa procédure.

[66] La LIPR prévoit que la Section doit tenir une audience dans tous les cas dont elle est saisie : alinéa 170b). Elle ne précise pas cependant la forme de cette audience. En fait, elle n’exige pas que les audiences de la Section aient toujours lieu en présence des personnes concernées, l’article 164 permettant qu’elles soient tenues « en direct par l’intermédiaire d’un moyen de télécommunication », par exemple la vidéoconférence.

[67] Il faut, pour évaluer le degré du contenu procédural de l’audition d’une demande d’asile, déterminer si les procédures offertes aident le demandeur à exposer sa cause de manière éclairée et efficace à l’intention de la Section ou si elles l’empêchent de le faire. Aussi, il est utile de rappeler les différentes étapes franchies par la demande d’asile du demandeur :

- a) le demandeur a déposé sa demande à un bureau d’immigration au Canada, où un agent d’immigration a préparé un dossier de l’examen;
- b) le demandeur a déposé son FRP;

- (c) the Board sent the applicant notice of a hearing
- (d) the Board sent the applicant a file screening form identifying the issues
- (e) the applicant filed written submissions in response to the file screening form
- (f) the applicant filed written submissions opposing the Chairperson's standard order of questioning procedure as violating the principles of natural justice
- (g) the applicant submitted three packages of evidence
- (h) the Board disclosed its documentary package on Sri Lanka
- (i) a one-member Board heard the applicant's claim, with the applicant and his counsel present in the hearing room, along with an RPO
- (j) the applicant's counsel made oral submissions at the hearing objecting to proceeding under the Chairperson's standard order of questioning; the Board dismissed the objection
- (k) the applicant was questioned first by the RPO; the Board member did not ask any questions; and counsel for the applicant declined to ask questions
- (l) the RPO made oral submissions, then counsel for the applicant made oral submissions
- (m) the Board reserved its decision
- (n) the Board sent the applicant its decision and written reasons for its decision
- c) la Section a envoyé un avis d'audience au demandeur;
- d) la Section a fait parvenir au demandeur un formulaire d'examen initial énonçant les questions en litige;
- e) le demandeur a déposé des observations écrites en réponse au formulaire d'examen initial;
- f) le demandeur a déposé des prétentions écrites dans lesquelles il s'opposait à l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président parce que cet ordre contrevenait aux principes de justice naturelle;
- g) le demandeur a déposé trois ensembles d'éléments de preuve;
- h) la Section a communiqué ses documents sur le Sri Lanka;
- i) un tribunal de la Section formé d'un seul membre a entendu la demande du demandeur en présence de ce dernier, de son procureur et d'un APR;
- j) à l'audience, le procureur du demandeur s'est opposé à l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président; la Section a rejeté son objection;
- k) le demandeur a d'abord été interrogé par l'APR; le commissaire n'a posé aucune question et le procureur du demandeur a refusé d'interroger ce dernier;
- l) l'APR a été le premier à présenter ses observations de vive voix, suivi du procureur du demandeur;
- m) la Section a remis sa décision à plus tard;
- n) la Section a fait parvenir sa décision et les motifs écrits de celle-ci au demandeur.

[68] I now turn to a consideration of the *Baker* factors to determine whether the applicant had the right to be questioned by his counsel first in the circumstances of his case. I note that only the applicant provided submissions specific to the *Baker* factors.

[68] J'examinerai maintenant les facteurs décrits dans *Baker* afin de déterminer si le demandeur avait le droit d'être interrogé d'abord par son procureur dans les circonstances. Je fais remarquer que seul le demandeur a présenté des prétentions concernant précisément ces facteurs.

- (1) The nature of the decision being made and the process followed in making it; that is, “the closeness of the administrative process to the judicial process”

[69] The applicant asserts that the Board is a quasi-judicial administrative tribunal and therefore it is required to follow full requirements of natural justice. The respondent argues that through section 170 of the IRPA, Parliament made a deliberate choice that the Board would conduct refugee determinations in an informal proceeding and not a judicial one. In his affidavit, Paul Aterman states that the Board is a “board of inquiry” and that a hearing into a claim for refugee protection is usually conducted in a non-adversarial manner, in the sense that there is no party adverse in interest to the claimant. In comparison, Mr. Aterman attests that Parliament constituted the Immigration Appeal Division so that its proceedings are adversarial in nature: see the IRPA, section 174.

[70] The intervener argues that the differing roles between counsel for the claimants and the RPOs and Board members necessitate an “examination in chief”. In support of its contention, the intervener refers to Professor James Donald Galloway, who at paragraph 12 of this affidavit, states that the role of counsel is to represent the claimant and demonstrate that the claimant “is” a person in need of protection; the role of RPOs and Board members is to flush out any weaknesses in the claimant’s case that might lead to a determination that the claimant “is not” a person in need of protection.

[71] Further, the intervener argues that although refugee hearings are characterized as “non-adversarial”, in reality they are adversarial. The intervener contends that RPOs are often aggressive and confrontational and frequently make accusations of falsehood, dissimulation or evasiveness. As well, Board members sometimes adopt an adversarial approach. The intervener cites Board member Steve Ellis who in a June 2005 decision (Board file: TA4-13810, 13811, 13812) stated that in the “reverse-order questioning” era, it has become

- 1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir, c’est-à-dire « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire »

[69] Le demandeur fait valoir que la Section est un tribunal administratif quasi judiciaire et qu’à ce titre, elle est tenue de respecter toutes les règles de justice naturelle. Le défendeur soutient de son côté que le législateur a délibérément décidé, en adoptant l’article 170 de la LIPR, que la Section devait mener ses audiences relatives au statut de réfugié d’une manière informelle et non d’une manière judiciaire. Dans son affidavit, Paul Aterman affirme que la Section est une « commission d’enquête » et que l’audition d’une demande d’asile est habituellement non contradictoire, en ce sens qu’il n’y a pas de partie ayant un intérêt contraire à celui du demandeur. M. Aterman fait remarquer, en comparaison, que le législateur a créé la Section d’appel de l’immigration de façon à ce que ses audiences soient de nature contradictoire : voir l’article 174 de la LIPR.

[70] L’intervenant prétend qu’un interrogatoire principal est requis en raison des rôles différents des procureurs des demandeurs, des APR et des commissaires. Il se fonde à cet égard sur les propos du professeur James Donald Galloway qui, au paragraphe 12 de son affidavit, déclare que le rôle du procureur est de représenter le demandeur et de démontrer que celui-ci « est » une personne à protéger, alors que le rôle des APR et des commissaires est de détecter tous les points faibles de la cause d’un demandeur qui pourraient amener la Section à conclure que celui-ci « n’est pas » une personne à protéger.

[71] L’intervenant prétend en outre que, même si elles sont qualifiées de [TRADUCTION] « non contradictoires », les audiences relatives au statut de réfugié sont, en fait, contradictoires. Il soutient que les APR se montrent souvent inquisiteurs et portent fréquemment des accusations de mensonge, de dissimulation ou de manque de précision. De même, les commissaires adoptent parfois une approche accusatoire. L’intervenant cite le commissaire Steve Ellis, qui a dit, dans une décision rendue en juin 2005 (dossier de la Section :

“routine” for Board members to cross-examine claimants.

[72] In my view, Parliament intended the refugee determination process to be more inquisitorial and less judicial. The IRPA provides that Board members have the powers and authority of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, and permits members to do “any other thing they consider necessary to provide a full and proper hearing”: section 165. Refugee hearings do not involve opposing parties each arguing their position for or against granting refugee protection to the claimant. In a limited number of cases, the Minister does intervene to oppose the consideration of an applicant’s claim for refugee protection, usually on one of the exclusion grounds (Article 1E or 1F of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 incorporated into the IRPA, section 98). These cases can therefore be more adversarial.

[73] There are also differences between refugee determination proceedings before the Board and criminal or civil proceedings before a court. For instance, unlike in a criminal or civil proceeding, the rules of evidence are much more relaxed in refugee proceedings. The IRPA specifically states that the Board is not bound to any legal or technical rules of evidence (paragraph 170(g)), and it also permits the Board to take notice of any information or opinion that is within its specialized knowledge (paragraph 170(i)). In the present case, much evidence was proffered by the applicant, none of which was subjected to verification for its authenticity or reliability before being considered by the Board.

[74] The respondent’s witness, Paul Aterman, attests that the role of the RPO and Board member is to seek the truth, and in doing so, they often have to challenge claimants on their evidence or testimony. One of the intervenor’s witnesses, Professor Galloway, acknowledged on cross-examination that Board members have a responsibility to ask pointed or probing

TA4-13810, 13811, 13812) que la Section contre-interroge régulièrement les demandeurs depuis l’établissement de l’ordre inversé des interrogatoires.

[72] À mon avis, le législateur souhaitait que le processus de détermination du statut de réfugié ressemble davantage à une enquête et moins à une procédure judiciaire. La LIPR prévoit que les commissaires sont investis des pouvoirs d’un commissaire nommé aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, et qu’ils « peuvent prendre les mesures [qu’ils] jugent utiles à la procédure » : article 165. Il n’y a pas, lors des audiences relatives au statut de réfugié, deux parties opposées qui expliquent pourquoi l’asile devrait ou ne devrait pas être accordé au demandeur. Dans un nombre limité de cas, le ministre intervient pour s’opposer à l’examen de la demande d’asile, habituellement pour l’un des motifs d’exclusion (article 1E ou 1F de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, incorporé à la LIPR par l’article 98). De tels cas peuvent être de nature plus contradictoire.

[73] Il y a également des différences entre les audiences relatives au statut de réfugié devant la Section et les audiences en matière pénale ou civile tenue devant une cour de justice. Par exemple, contrairement à ce qui se passe en matière pénale ou civile, les règles de preuve sont beaucoup plus souples devant la Section. La LIPR prévoit expressément d’ailleurs que la Section n’est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve (alinéa 170g)) et qu’elle peut admettre d’office les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation (alinéa 170i)). En l’espèce, le demandeur a produit une grande quantité d’éléments de preuve qui n’ont pas été vérifiés dans le but d’en établir l’authenticité ou la fiabilité avant d’être examinés par la Section.

[74] Le témoin du défendeur, Paul Aterman, affirme que le rôle de l’APR et du commissaire est de découvrir la vérité et qu’ils doivent souvent, à cette fin, jeter un regard critique sur la preuve ou le témoignage du demandeur. L’un des témoins de l’intervenant, le professeur Galloway, a reconnu au cours de son contre-interrogatoire que les commissaires doivent poser

questions and that he saw asking such “tough questions” as being adversarial. Another of the intervenor’s witnesses, Dr. Payne, also admitted that the problem is with the manner of questioning by an RPO or Board member, not the order of questioning. If the approach is hostile then the vulnerable claimants may experience distress even when their counsel questions them first. The evidence indicates that on several occasions, this Court has indeed intervened when it has found that a Board member has improperly conducted questioning at a hearing: see for example, *Herrera*.

[75] With respect to the first *Baker* factor, notwithstanding the often times aggressive and probing nature of the questioning conducted at hearings before the Board by RPOs and Board members, I would not qualify the administrative refugee determination process provided for by the IRPA as adversarial. However, the nature of the decision calls for the Board to adjudicate issues that impact on the rights of refugee claimants. In this respect, a higher level of procedural protection is warranted.

(2) The role of the particular decision within the statutory scheme

[76] The role of the Board’s decision within the statutory scheme also suggests the need for strong procedural safeguards. According to *Baker* at paragraph 24, the fact that there is no right to appeal suggests that greater procedural protections should be afforded. An appeal to the Refugee Appeal Division is provided for under sections 110-111 of the IRPA; however, those provisions have not come into force. Failed refugee claimants may seek judicial review of a negative decision by the Board if they are able to get leave of the Federal Court to pursue a judicial review. However, as the Federal Court of Appeal noted in *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195, at paragraph 55, a judicial review may not provide the claimant with the same outcome as an appeal: “the scope of the reviewing judge’s authority may be limited with respect to the substantive issues of the case, and therefore cannot be equated to an

des questions précises ou mener des interrogatoires serrés et qu’il considère qu’un interrogatoire [TRADUCTION] « rigoureux » est accusatoire. Un autre témoin de l’intervenant, le Dr Payne, a également admis que le problème réside dans la manière dont un APR ou un commissaire pose ses questions, et non dans l’ordre dans lequel les interrogatoires se déroulent. Si l’on démontre de l’hostilité à leur égard, il est possible que les demandeurs vulnérables soient perturbés même si c’est leur procureur qui les interroge d’abord. La preuve indique que la Cour est intervenue à plusieurs occasions parce qu’elle considérait que le commissaire n’avait pas mené son interrogatoire de manière appropriée à l’audience : voir, par exemple, *Herrera*.

[75] En ce qui a trait au premier facteur établi dans *Baker*, malgré le caractère souvent musclé et serré des interrogatoires effectués à l’audience devant la Section par l’APR ou le commissaire, je ne qualifierais pas de contradictoire le processus administratif de détermination du statut de réfugié établi par la LIPR. La nature de la décision exige cependant que la Section tranche des questions qui ont une incidence sur les droits des demandeurs d’asile. À cet égard, un degré élevé de protection procédurale est justifié.

2) le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif

[76] Le rôle que joue la décision au sein du régime législatif semble illustrer également la nécessité de garanties procédurales solides. Il est indiqué au paragraphe 24 de *Baker* que l’absence d’un droit d’appel porte à croire que des protections procédurales plus grandes devraient être accordées. Les articles 110 et 111 de la LIPR régissent les appels à la Section d’appel de l’immigration; ces dispositions ne sont cependant pas encore en vigueur. Les demandeurs d’asile déboutés peuvent demander le contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue à leur égard par la Section s’ils peuvent obtenir l’autorisation de la Cour fédérale en ce sens. La Cour d’appel fédérale a toutefois mentionné dans *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195, au paragraphe 55, que l’issue du contrôle judiciaire peut être différente de celle d’un appel : « la portée de la compétence du juge chargé de ce contrôle peut être restreinte quant au fond

appeal right.”

[77] Failed refugee claimants may also have the opportunity to make a pre-removal risk assessment [PRRA] application: sections 112-115 of the IRPA. However, PRRA applications and refugee protection claims before the Board are different. PRRA applications by failed refugee claimants can only submit “new evidence”—that is, evidence that could not have been adduced to the Board—and an oral hearing is provided in only very limited circumstances. Further, PRRA decisions are made not by an independent administrative tribunal but by officers of Citizenship and Immigration Canada.

[78] The burden of proving a claim for refugee protection rests with the claimant. Often, the hearing before the Board is the only opportunity a refugee claimant will have to convince a decision maker of the well-foundedness of her or his claim. The Board’s decision is also more often than not determinative of the claim for protection. In my view, the nature of the statutory scheme with respect to the Board’s decision therefore warrants a greater degree of procedural protection.

(3) The importance of the decision to the individual affected

[79] Whether a refugee claimant can remain in Canada as a Convention refugee or person in need of protection is potentially of great significance to the individual. The applicant claims that his life and safety are in danger because of threats by the LTTE against him and his family. As the Supreme Court of Canada stated in *Singh*, refugee determination proceedings pertain to life, liberty and security of the person, and as such, section 7 of the Charter is engaged. When such interests are at stake, fairness dictates enhanced procedural safeguards.

de l’affaire et [...], par conséquent, il ne s’agit pas de l’équivalent d’un droit d’appel ».

[77] Les demandeurs d’asile déboutés ont aussi la possibilité de demander qu’un examen des risques avant renvoi [ERAR] soit effectué : articles 112 à 115 de la LIPR. La procédure applicable aux demandes d’ERAR et celle régissant les demandes d’asile sont cependant différentes. Ainsi, un demandeur débouté qui demande un ERAR ne peut présenter que des « éléments de preuve survenus depuis le rejet » de sa demande d’asile—en d’autres termes, des éléments de preuve qui n’avaient pas pu être présentés à la Section—et une audience n’est tenue que dans des circonstances très limitées. De plus, les décisions relatives à un ERAR ne sont pas rendues par un tribunal administratif indépendant, mais par des agents de Citoyenneté et Immigration Canada.

[78] C’est au demandeur qu’il incombe de prouver le bien-fondé de sa demande d’asile. L’audience devant la Section est souvent la seule occasion pour lui de convaincre un décideur du bien-fondé de sa demande. Par ailleurs, la décision de la Section est le plus souvent déterminante en ce qui concerne la demande d’asile. J’estime en conséquence que la nature du régime législatif dans lequel les décisions de la Section s’inscrivent justifie des protections procédurales plus importantes.

3) l’importance de la décision pour la personne visée

[79] Le fait qu’un demandeur d’asile puisse demeurer au Canada en qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger est susceptible d’avoir une grande importance pour lui. Le demandeur prétend en l’espèce que sa vie et sa sécurité sont compromises en raison des menaces proférées par les TLET contre lui et sa famille. Comme la Cour suprême du Canada l’a dit dans *Singh*, le processus de détermination du statut de réfugié touche à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et, de ce fait, l’article 7 de la Charte s’applique. Lorsque ces droits sont en jeu, l’équité exige des garanties procédurales plus importantes.

(4) The legitimate expectations of the person challenging the decision

[80] The Board notified refugee lawyers and the public months in advance that the order of questioning, with the RPO or Board member proceeding first, would be fully implemented as of June 1, 2004: see “IRB News,” Issue 1, at page 3 in Aterman affidavit, Exhibit L-1. There can be no legitimate expectation by claimants that their counsel will begin questioning. Such an argument was not advanced by the applicant in this case.

(5) The choice of procedure made by the agency itself

[81] The final factor in *Baker* is the choice of procedure made by the agency itself. An order of proceeding in refugee hearings is not prescribed in the IRPA or the *Refugee Protection Division Rules*. Parliament afforded the Board the authority to determine the procedure it follows provided that it does not run afoul of principles of natural justice [subsection 162(2) of IRPA]:

162. . . .

(2). Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.

Parliament also equipped the Board with tools to ensure that the requirements of natural justice are met when adjudicating refugee protection claims, including providing for a hearing (paragraph 170(b)), the questioning of witnesses (paragraph 170(e)), the tendering of evidence (paragraph 170(e)), the participation of counsel (section 167), and the giving of reasons (section 169).

[82] The jurisprudence is clear that an administrative tribunal is the master of its own proceedings, and where the enabling legislation is silent on a point of procedure, the tribunal may determine the procedure to be followed: *Prasad v. Canada (Minister of Employment*

4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision

[80] La Section a informé des mois à l’avance le public et les avocats représentant les réfugiés que toutes les règles relatives à l’ordre des interrogatoires—selon lesquelles l’APR ou le commissaire est le premier à poser des questions—seraient en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> juin 2004 : voir *Nouvelles de la CISR*, numéro 1, à la page 3, dans l’affidavit de M. Aterman, pièce L-1. Les demandeurs ne peuvent donc s’attendre légitimement à ce que leur procureur soit le premier à les interroger. Un tel argument n’a pas été avancé par le demandeur en l’espèce.

5) les choix de procédure faits par l’organisme lui-même

[81] Le dernier facteur établi dans *Baker* a trait aux choix de procédure faits par l’organisme lui-même. L’ordre dans lequel les audiences relatives au statut de réfugié doivent se dérouler n’est pas précisé dans la LIPR ou dans les *Règles de la Section de la protection des réfugiés*. Le législateur a conféré à la Section le pouvoir d’établir sa propre procédure, pourvu que celle-ci respecte les principes de justice naturelle :

162. [. . .]

(2). Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.

Le législateur a également donné à la Section des moyens de faire en sorte que les exigences relatives à la justice naturelle soient respectées lorsqu’elle statue sur une demande d’asile, notamment en prévoyant la tenue d’une audience (alinéa 170b)), l’interrogatoire de témoins (alinéa 170e)), la production d’éléments de preuve (alinéa 170e)), la participation d’un conseil (article 167) et l’obligation de motiver les décisions (article 169).

[82] Il ressort clairement de la jurisprudence qu’un tribunal administratif est maître de sa propre procédure et qu’il peut établir la procédure à suivre lorsque sa loi habilitante est silencieuse sur un point : *Prasad c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*,

*and Immigration*), [1989] 1 S.C.R. 560, at pages 568-569; *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329 (T.D.), at page 335.

[83] The fifth factor indicates a lesser level of procedural fairness essentially because the Board is the master of its own proceedings. In *Ha*, at paragraph 64, the Federal Court of Appeal wrote: “in determining the content of the duty of fairness the Court must guard against imposing a level of procedural formality that would unduly encumber efficient administration”.

#### (6) Other factors

[84] The intervener submits that because of the unique features of the refugee determination process and of refugee claimants, an “examination-in-chief” is critically important to ensuring that claimants have a meaningful opportunity to present their cases. I have addressed some of its arguments above, and will now consider two other arguments of the intervener and their impact on the duty of fairness owed in the context of refugee determination hearings before the Board.

[85] First, the intervener submits that the PIF is an inadequate substitute for an “examination-in-chief”, and that it does not give claimants an adequate opportunity to present their case. Specifically, the intervener points to the tight timeline for filing a PIF and the fact that amending the PIF may be viewed by the Board adversely with respect to the claimant’s credibility.

[86] Although I agree with the intervener that the PIF may be incomplete in telling the full story of the need for refugee protection, I do not accept that this is sufficient to require that a refugee hearing be conducted with counsel questioning the claimant first. The PIF, although important as it represents the first recitation by a claimant to the Board of the basis of his or her claim for refugee protection, is not the only way in which the claimant’s story is told to the Board. Claimants are also asked to submit documentary evidence in support of their claims, may make further written submissions

[1989] 1 R.C.S. 560, aux pages 568 et 569; *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 335.

[83] Le cinquième facteur traduit un degré d’équité procédurale moins élevé essentiellement parce que la Section est maître de sa procédure. Dans *Ha*, la Cour d’appel fédérale a écrit au paragraphe 64 : « lorsqu’elle détermine le contenu de l’obligation d’équité, la Cour doit se garder d’imposer un niveau de formalité procédurale qui risque de nuire indûment à une bonne administration ».

#### 6) les autres facteurs

[84] L’intervenant soutient qu’en raison des caractéristiques propres au processus de détermination du statut de réfugié et aux réfugiés, un interrogatoire principal est d’une importance capitale pour que les demandeurs aient une possibilité raisonnable d’exposer leur cause. J’ai précédemment traité de certains de ses arguments. J’en examinerai maintenant deux autres, ainsi que leur incidence sur l’obligation d’équité existant dans le contexte des audiences de la Section relatives au statut de réfugié.

[85] L’intervenant prétend en premier lieu que le FRP ne remplace pas adéquatement l’interrogatoire principal et ne donne pas aux demandeurs une possibilité suffisante d’exposer leur cause. Il souligne tout particulièrement le délai serré dans lequel le FRP doit être déposé et les répercussions défavorables que la modification du FRP peut avoir sur la perception qu’a la Section de la crédibilité du demandeur.

[86] Je suis d’accord avec l’intervenant quand il dit que le FRP peut ne pas expliquer tous les motifs pour lesquels le demandeur souhaite obtenir l’asile. Cela n’est cependant pas suffisant, à mon avis, pour exiger que le demandeur soit d’abord interrogé par son procureur. Le FRP est important parce que le demandeur y décrit pour la première fois le fondement de sa demande d’asile à l’intention de la Section. Il ne s’agit pas cependant de la seule façon dont la Section est mise au courant du récit du demandeur. Celui-ci doit aussi produire des documents au soutien de sa demande; il peut présenter

before the hearing; they also have an opportunity to make oral representations at the hearing, and may have an opportunity to make further written submissions after the hearing. I note that, in the present case, the applicant provided written submissions to the Board in response to the issues identified on the file screening form and that the applicant's counsel made oral submissions at the hearing.

[87] In consequence, in my opinion, any limitations with respect to the PIF are not sufficient to increase the content of the duty of fairness owed to claimants to an extent that would require and dictate that claimants be questioned first by counsel.

[88] Second, the intervener submits that refugee claimants face particular vulnerabilities, including PTSD, anxiety and panic attacks, depression and a general distrust for government agents. These vulnerabilities, argues the intervener, compromise claimants' ability to adequately explain their experiences and as a result they may come off as being evasive, at best, or untruthful, at worst. The intervener relies on the evidence of Dr. Payne who has extensive experience working with refugee claimants. Dr. Payne attests that it is extremely important that the environment at refugee hearings be made as non-threatening as possible for claimants and that aggressive and repeated questioning by government officials only exacerbates claimants' anxiety.

[89] It is uncontradicted that many refugee claimants have experienced severe trauma and that many suffer from PTSD or other psychological difficulties. In fact, Guideline 7 recognizes that in cases involving vulnerable claimants the order of questioning could be changed, in exceptional circumstances, to allow counsel to question first: see paragraph 23. The Board in its training of RPOs and Board members also focuses much attention on the vulnerabilities faced by refugee claimants: see for example, "Questioning Victims of Torture, Sexual Assault and Other Trauma" and "Training Manual on Victims of Torture" in Aterman affidavit, Exhibits P and Q1. As well, the Chairperson of

des prétentions écrites additionnelles avant l'audience. En outre, il a la possibilité de faire des observations de vive voix à l'audience et il peut aussi déposer de nouvelles prétentions écrites après l'audience. Je constate qu'en l'espèce, le demandeur a déposé des observations écrites à l'intention de la Section en réponse aux questions indiquées dans le formulaire d'examen initial et que son procureur a fait des observations de vive voix à l'audience.

[87] En conséquence, j'estime que toute limitation liée au FRP n'est pas suffisante pour élargir le contenu de l'obligation d'équité au point d'exiger que les demandeurs soient interrogés d'abord par leur procureur.

[88] En deuxième lieu, l'intervenant soutient que les demandeurs d'asile sont particulièrement vulnérables parce qu'ils peuvent notamment souffrir du SSPT, avoir des attaques de panique et d'anxiété, être dépressifs et éprouver une méfiance générale à l'égard des représentants de l'État. Selon l'intervenant, les demandeurs sont incapables, pour cette raison, d'expliquer adéquatement les expériences qu'ils ont vécues, de sorte qu'ils peuvent, au mieux, être perçus comme étant évasifs et, au pire, être perçus comme étant menteurs. Il s'appuie à cet égard sur le témoignage de Dr Payne, lequel travaille depuis longtemps avec les demandeurs d'asile. Selon le Dr Payne, il est extrêmement important, lors des audiences relatives au statut de réfugié, que l'environnement soit le moins menaçant possible pour les demandeurs. Les questions agressives et répétées des représentants de l'État ne font qu'exacerber l'anxiété des demandeurs.

[89] Il est admis que de nombreux demandeurs d'asile ont subi des traumatismes graves et souffrent du SSPT ou d'autre troubles psychologiques. En fait, les Directives n° 7 reconnaissent que l'ordre des interrogatoires peut, dans des circonstances exceptionnelles où le demandeur est vulnérable, être modifié pour permettre au procureur d'être le premier à interroger le demandeur : voir le paragraphe 23. Dans la formation destinée aux APR et à ses commissaires, la Section accorde également beaucoup d'importance aux difficultés auxquelles les demandeurs d'asile sont confrontés : voir, par exemple, « Comment interroger une personne qui a été torturée, qui a été agressée

the IRB has issued guidelines to address the vulnerabilities of particular refugee claimants: see *Guidelines Issued by the chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues*, and *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (the Gender Guidelines).

[90] In my opinion, the vulnerability of refugee claimants militates in favour of an increased requirement for procedural protections. However, the fact that many, if not most, refugee claimants are vulnerable and as a result have difficulty testifying effectively, does not necessarily make Guideline 7 unfair. As shown, in the instant case, the applicant does not suggest that he suffers from any psychological problems which would inhibit his testimony before the Board. A refugee claimant's particular vulnerability is therefore a factor to be considered in the circumstances of each case but does not necessarily dictate that the standard order of questioning always be "counsel-first" in order to satisfy procedural fairness requirements and the principles of natural justice.

#### Conclusion

[91] The intervener has provided some evidence pointing to the difficulties refugee claimants face and the benefits to them of "counsel-first" questioning. However, in my view, neither the applicant nor the intervener has established that the principles of natural justice or procedural fairness require that refugee claimants be afforded an "examination-in-chief" in order for the refugee determination process before the Board to be fair. The opportunity for the applicant to make written submissions and provide evidence to the Board, to have an oral hearing with the participation of counsel,

sexuellement ou qui a subi un autre traumatisme » et « Guide de la Commission concernant les victimes de torture », dans l'affidavit de M. Aterman, pièces P et Q1. En outre, le président de la Commission a donné des directives concernant les demandeurs d'asile particulièrement vulnérables : voir *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration: Directives n° 3 : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié : Questions relatives à la preuve et à la procédure*, et *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Directives n° 4: Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* (les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe).

[90] À mon avis, la vulnérabilité des demandeurs d'asile justifie que des protections procédurales plus importantes leur soient accordées. Toutefois, le fait que bon nombre de demandeurs d'asile, si ce n'est la majorité d'entre eux, soient vulnérables et aient en conséquence de la difficulté à témoigner efficacement ne rend pas nécessairement les Directives n° 7 inéquitable. Tel que démontré précédemment, le demandeur en l'espèce ne prétend pas qu'il souffre de problèmes psychologiques qui l'empêcheraient de bien témoigner devant la Section. Aussi, la vulnérabilité particulière d'un demandeur d'asile est un facteur qui doit être pris en compte dans les circonstances de chaque cas, mais qui n'exige pas nécessairement, pour que l'équité procédurale et les principes de justice naturelle soient respectés, que le procureur soit toujours le premier à interroger le demandeur.

#### Conclusion

[91] L'intervenant a produit des éléments de preuve faisant ressortir les difficultés auxquelles les demandeurs d'asile sont confrontés et les avantages qui découlent pour eux du fait d'être interrogés d'abord par leur procureur. À mon avis cependant, ni le demandeur ni l'intervenant n'ont démontré que les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale exigent que les demandeurs d'asile aient droit à un interrogatoire principal pour que le processus de détermination du statut de réfugié devant la Section soit équitable. La possibilité, pour le demandeur, de déposer des

and to make oral submissions, in my opinion, satisfies the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness in this case.

[92] After considering the factors set out in *Baker* and the further factors submitted by the intervener, I am not persuaded that the principles of natural justice or procedural fairness demand that the applicant's refugee determination hearing be conducted with a particular order of questioning—that is, with counsel for the applicant questioning first—in order to ensure the applicant has a meaningful opportunity to present his case fully and fairly.

(ii) Does Guideline 7 fetter the Board's discretion?

[93] The Court is being asked by the intervener to determine whether the Chairperson's standard order of questioning procedure fetters the discretion of the Board, and whether the Chairperson even has the authority to establish such a procedure through a guideline.

[94] The introduction to Guideline 7 contains in part the following two paragraphs:

The guidelines apply to most cases heard by the RPD. However, in compelling or exceptional circumstances, the members will use their discretion not to apply some guidelines or to apply them less strictly.

Generally speaking, the RPD will make allowances for unrepresented claimants who are unfamiliar with the Division's processes and rules. Claimants identified as particularly vulnerable will be treated with special sensitivity.

[95] For ease of reference I reproduce at this juncture the pertinent paragraphs of Guideline 7. Paragraph 19 states that the RPO or Board member will question the claimant first:

19. In a claim for refugee protection, the standard practice will be for the RPO to start questioning the claimant. If there is no

prétentions écrites et de produire une preuve devant la Section, d'avoir une audition à laquelle participe un procureur et de présenter des observations de vive voix satisfait, à mon avis, aux exigences relatives aux droits de participation requis par l'obligation d'équité en l'espèce.

[92] Ayant examiné les facteurs énoncés dans *Baker* et ceux proposés par l'intervenant, je ne suis pas convaincu que les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale exigent que les interrogatoires se déroulent dans un ordre particulier—selon lequel le demandeur serait interrogé d'abord par son procureur—lors de l'audience du demandeur pour que ce dernier ait réellement la possibilité d'exposer sa cause complètement et équitablement.

ii) Les Directives n° 7 entravent-elles le pouvoir discrétionnaire de la Section?

[93] L'intervenant demande à la Cour de déterminer si l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président entrave le pouvoir discrétionnaire de la Section et si le président est même habilité à établir une telle procédure dans des directives.

[94] Les deux paragraphes suivants figurent dans l'introduction des Directives n° 7 :

Les directives s'appliquent à la plupart des cas entendus par la SPR. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles ou impérieuses, les commissaires peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer certains éléments des directives ou pour les appliquer moins rigoureusement.

En général, la SPR se montre plus indulgente envers les demandeurs d'asile non représentés qui ne connaissent pas ses processus et ses règles. Elle fait preuve d'une plus grande sensibilité à l'égard des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables.

[95] Par souci de commodité, je reproduis ci-dessous les paragraphes pertinents des Directives n° 7. Le paragraphe 19 mentionne que le demandeur est d'abord interrogé par l'APR ou le commissaire :

19. Dans toute demande d'asile, c'est généralement l'APR qui commence à interroger le demandeur d'asile. En l'absence

RPO participating in the hearing, the member will begin, followed by counsel for the claimant. Beginning the hearing in this way allows the claimant to quickly understand what evidence the member needs from the claimant in order for the claimant to prove his or her case.

[96] Paragraph 23 states that Board members may vary the order of questioning to allow the claimant's counsel to question the claimant first in exceptional circumstances:

The member may vary the order of questioning in exceptional circumstances. For example, a severely disturbed claimant or a very young child might feel too intimidated by an unfamiliar examiner to be able to understand and properly answer questions. In such circumstances, the member could decide that it would be better for counsel for the claimant to start the questioning. A party who believes that exceptional circumstances exist must make an application to change the order of questioning before the hearing. The application has to be made according to the *RPD Rules*.

[97] The parties are in agreement that the IRB Chairperson has the statutory authority to issue guidelines. However, the intervener submits that the Chairperson's "reverse-order questioning" procedure is not a guideline; it is *de facto* mandatory and as such takes on the status of a rule which is outside the competence of the Chairperson. The intervener argues that by requiring Board members to apply the "reverse-order questioning" guidelines, the Chairperson is fettering the discretion of members. The intervener also argues that by automatically following the guideline, individual Board members are fettering their own discretion. The intervener submits that fettering discretion breaches natural justice and procedural fairness by compromising the independence of the decision maker.

[98] Specifically, the intervener asserts that the language of the Chairperson's "reverse-order questioning" procedure reads as a mandatory requirement, and that paragraph 23 which allows Board members to vary the order of proceeding in "exceptional circumstances" only reinforces the mandatory nature of

d'un APR à l'audience, le commissaire commence l'interrogatoire et est suivi par le conseil du demandeur d'asile. Cette façon de procéder permet ainsi au demandeur d'asile de connaître rapidement les éléments de preuve qu'il doit présenter au commissaire pour établir le bien-fondé de son cas.

[96] Le paragraphe 23 indique que les commissaires peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, modifier l'ordre des interrogatoires et permettre au procureur du demandeur d'être le premier à interroger le demandeur :

Le commissaire peut changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, la présence d'un examinateur inconnu peut intimider un demandeur d'asile très perturbé ou un très jeune enfant au point qu'il n'est pas en mesure de comprendre les questions ni d'y répondre convenablement. Dans de telles circonstances, le commissaire peut décider de permettre au conseil du demandeur de commencer l'interrogatoire. La partie qui estime que de telles circonstances exceptionnelles existent doit soumettre une demande en vue de changer l'ordre des interrogatoires avant l'audience. La demande est faite conformément aux *Règles de la SPR*.

[97] Les parties conviennent que la loi confère au président de la Commission le pouvoir de donner des directives. L'intervenant prétend cependant que l'ordre inversé des interrogatoires n'est pas une directive; il s'agit, dans les faits, d'une procédure obligatoire qui, par conséquent, acquiert le statut d'une règle qui excède la compétence du président. Selon l'intervenant, le président entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires en les obligeant à appliquer les directives concernant l'ordre inversé des interrogatoires. L'intervenant soutient également qu'en suivant systématiquement les directives, les commissaires entravent leur propre pouvoir discrétionnaire. Selon lui, il est contraire à la justice naturelle et à l'équité procédurale d'entraver ainsi le pouvoir discrétionnaire parce que cela compromet l'indépendance du décideur.

[98] L'intervenant prétend plus précisément qu'en raison des termes employés par le président l'ordre inversé des interrogatoires est obligatoire et que le paragraphe 23, qui permet aux commissaires de modifier l'ordre des interrogatoires dans des « circonstances exceptionnelles », ne fait que renforcer le caractère

paragraph 19. Further, the intervener submits that there is evidence that the IRB is monitoring compliance and that individual Board members are following the guideline without question. The intervener contends that these are further indications that the Board's discretion is being fettered.

[99] The respondent submits that the Chairperson's standard order of questioning procedure is not binding on Board members. Ultimately, Board members retain discretion with respect to the most appropriate way of proceeding in any given case. In fact, the respondent argues, paragraph 23 explicitly contemplates that members will exercise their discretion to vary the order of questioning where they feel it is appropriate, and have indeed done so in numerous cases.

[100] The respondent argues that the Court has approved the issuance of non-binding guidelines. In support of its contention, the respondent cites *Fouchong v. Canada (Secretary of State)* (1994), 88 F.T.R. 37, where the Federal Court of Canada, Trial Division, upheld the legality of the IRB Chairperson's Gender Guidelines. At paragraph 10 of its reasons, the Court recites the Chairperson's policy on the use of guidelines which provides that guidelines are intended to be followed unless the circumstances of the case are such that a different approach is appropriate.

[101] Finally, the respondent also challenges the intervener's assertion that Board members are pressured to conform with the standard order of questioning procedure. Specifically, the respondent argues that the evidence does not support the assertion by Raoul Boulakia that there is "top down pressure" on Board members who do not follow "reverse-order questioning". The respondent further adds that the decision by Board member Steve Ellis, wherein Guideline 7 was not followed, shows that members have the right to disagree with the guideline.

[102] The *Oxford English Dictionary* defines a guideline as "a line for guiding; a directing or standardizing principle laid down as a guide to procedure, policy, etc.," (my emphasis). There is no real dispute between the parties on the above definition. It is

obligatoire du paragraphe 19. Il soutient en outre que la preuve démontre que la Commission surveille l'observation des directives et que les commissaires les suivent sans poser de questions. Ces faits montrent également, selon lui, que le pouvoir discrétionnaire de la Section est entravé.

[99] Le défendeur soutient pour sa part que l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président n'est pas contraignant. Les commissaires ont toujours le pouvoir de choisir la meilleure procédure à suivre dans un cas donné. Le défendeur soutient qu'en fait, le paragraphe 23 prévoit explicitement que les commissaires exerceront leur pouvoir discrétionnaire pour modifier l'ordre des interrogatoires lorsqu'ils le jugeront indiqué; ils l'ont d'ailleurs fait dans de nombreux cas.

[100] Le défendeur rappelle que la Cour a approuvé la publication de directives non contraignantes. Ainsi, dans *Fouchong c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1727 (QL), la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a confirmé la légalité des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe données par le président de la Commission. Au paragraphe 10 de ses motifs, elle expose la politique du président sur l'utilisation des directives, qui prévoit que celles-ci sont censées être suivies, à moins qu'une analyse différente ne convienne dans les circonstances.

[101] Finalement, le défendeur conteste l'affirmation de l'intervenant selon laquelle des pressions sont exercées sur les commissaires pour qu'ils se conforment à l'ordre normalisé des interrogatoires. Il soutient plus précisément que la preuve ne démontre pas que la [TRADUCTION] « direction exerce des pressions » sur les commissaires qui n'appliquent pas l'ordre inversé des interrogatoires, contrairement à ce que Raoul Boulakia prétend. Il ajoute que la décision du commissaire Steve Ellis, qui n'a pas suivi les Directives n° 7, montre que les commissaires ont le droit de ne pas s'y conformer.

[102] L'*Oxford English Dictionary* définit le mot « directive » de la manière suivante : [TRADUCTION] « ligne de conduite; principe énonçant une orientation ou une norme et constituant un guide de procédure, de politique, etc. » (non souligné dans l'original). Les

accepted that guidelines are not legally binding on Board members as they exercise their independent decision-making authority. Indeed, this is acknowledged by the IRB on its website:

While not binding on decision makers, the Guidelines present a recommended approach in examining complex issues of national importance, dealing with emerging issues, or resolving an ambiguity in the law.

[103] Paragraph 159(1)(h) of the IRPA explicitly authorizes the Chairperson of the Immigration and Refugee Board to make and issue guidelines to assist members in carrying out their duties. Such guidelines, however, cannot be mandatory in the sense that they leave little room for the exercise of discretion of each Board member to conduct a full and proper hearing pursuant to their powers conferred by section 165 of the IRPA. Had the Chairperson intended Guideline 7 to have such a mandatory effect, he could have proceeded by implementing a rule under paragraph 161(1)(a) of the IRPA. That provision authorizes the Chairperson to make procedural rules but only with the approval of the Governor in Council. Put differently, the Chairperson is not authorized to make rules which have the force of a statutory instrument in the guise of a guideline.

[104] In the instant case, the intervener argues that had Parliament intended Guideline 7 to have the effect of a rule it would have done so by a statutory instrument such as through the Rules.

[105] The issue, here, lies in determining whether Guideline 7 presents a recommended non-binding approach to Board members regarding the procedure to be followed in the conduct of a hearing before the Board or, as the intervener suggests, whether Guideline 7 serves as a mandatory pronouncement which fetters the discretion of Board members. If found to be the latter, Guideline 7 could then also be said to be elevated to the status of a general rule, unlawful in the circumstances.

[106] At the outset it is useful to consider the state of the jurisprudence on the fettering of discretion. As a

parties s'entendent en gros sur cette définition. Il est reconnu que les directives ne lient pas légalement les commissaires parce qu'ils exercent leur pouvoir de décideur indépendant, comme le reconnaît d'ailleurs la Commission sur son site web :

Bien qu'elles ne soient pas d'application obligatoire, les directives recommandent l'approche à adopter lors de l'examen de questions complexes d'importance nationale, qui comportent des éléments nouveaux ou permettent de régler un point de droit ambigu.

[103] L'alinéa 159(1)h) de la LIPR autorise expressément le président de la Commission à donner des directives afin d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions. Ces directives ne peuvent toutefois pas être contraignantes, c'est-à-dire laisser à chaque commissaire peu de latitude en ce qui concerne la conduite d'une audience complète et adéquate en vertu de l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés à l'article 165 de la LIPR. Si le président avait voulu que les Directives n° 7 aient un tel effet contraignant, il aurait pu prendre une règle en application de l'alinéa 161(1)a) de la LIPR. Cette disposition autorise le président à prendre des règles de procédure, mais uniquement avec l'agrément du gouverneur en conseil. En d'autres termes, le président n'est pas autorisé à prendre des règles ayant la force d'un texte réglementaire sous la forme de directives.

[104] En l'espèce, l'intervenant prétend que, si le législateur avait voulu donner aux Directives n° 7 l'effet de règles, il l'aurait prévu dans un texte réglementaire, par exemple dans les Règles.

[105] La question ici consiste à déterminer si les Directives n° 7 recommandent aux commissaires une approche non contraignante en ce qui a trait à la procédure à suivre lors des audiences de la Section ou si, comme l'intervenant le laisse entendre, elles ont un effet obligatoire qui entrave le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Si la Cour en arrivait à cette dernière conclusion, on pourrait dire que les Directives n° 7 ont acquis le statut de règles générales, illégales dans les circonstances.

[106] Il est utile, pour commencer, d'examiner l'état de la jurisprudence sur l'entrave au pouvoir discrétion-

general rule, administrative tribunals are considered to be masters in their own house. Absent specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures provided they comply with the rules of fairness and fundamental justice: *Prassad*.

[107] Whether Guideline 7, a procedural guideline, complies with the rules of fairness will depend on a number of factors, not the least of which is the extent to which the guideline restricts the scope of discretion of independent Board members in carrying out their duties under the IRPA. The extent to which a guideline can lawfully restrict discretion was considered in *Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 722 (T.D.). Associate Chief Justice Jerome considered what constitutes lawful restrictions on the scope of an immigration officer's discretion in applying specific guidelines in the context of a humanitarian and compassionate application under subsection 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. He found that the guideline at issue unduly fettered the immigration officer's discretion and found it to be unlawful. However, the learned Judge went on to recognize that guidelines would be permissible so long as they were clearly intended to be a statement of "general policy" or "rough rules of thumb" and not an exhaustive definition, binding on immigration officers. In considering this issue, the learned Judge made the following observations at pages 738-739 of his decision, which I find to be particularly applicable to the instant case:

The general position of Canadian courts on the structuring of discretion has been articulated in Professor J. M. Evans' *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, Fourth edition, where he states, at page 312:

. . . a factor that may properly be taken into account in exercising a discretion may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule that results in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases.

The importance of flexibility in the adoption of policy or guidelines as a means of structuring discretion is highlighted by D. P. Jones and A. S. de Villars in *Principles of*

naire. En règle générale, on considère que les tribunaux administratifs sont maîtres chez eux. En l'absence de règles précises établies par une loi ou un règlement, ils fixent leur propre procédure, à la condition de respecter les règles d'équité et de justice fondamentale : *Prassad*.

[107] La question de savoir si les Directives n° 7, qui touchent la procédure, sont conformes aux règles d'équité dépend de plusieurs facteurs, dont le moindre n'est pas la mesure dans laquelle les directives limitent l'exécution des fonctions que la LIPR confie aux commissaires. La mesure dans laquelle des directives peuvent légalement restreindre un pouvoir discrétionnaire a été étudiée dans *Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 722 (1<sup>re</sup> inst.). Le juge en chef adjoint Jerome a examiné ce qui constitue des restrictions légales du pouvoir discrétionnaire d'un agent d'immigration en ce qui a trait à l'application de directives particulières dans le contexte d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et visée au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Il a conclu que les directives en cause dans cette affaire entravaient indûment le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration et les a jugées illégales. Il a cependant reconnu que les directives pourraient être permises si elles visaient clairement à énoncer une « politique générale » ou des « règles empiriques grossières », et non une définition exhaustive à caractère obligatoire pour les agents d'immigration. Le juge a fait les remarques suivantes au sujet de cette question aux pages 738 et 739 de sa décision, remarques qui me semblent particulièrement pertinentes en l'espèce :

La position générale des tribunaux canadiens sur la structuration du pouvoir discrétionnaire a été clairement énoncée par le professeur J. M. Evans dans son ouvrage *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup> édition, où il s'exprime en ces termes à la page 312 :

[TRADUCTION] [. . .] un facteur qui peut à juste titre entrer en ligne de compte dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut constituer une entrave illicite à l'exercice de ce pouvoir s'il est érigé en règle générale, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers.

L'importance de la flexibilité dans l'adoption d'une politique ou de lignes directrices en tant que moyen de structurer le pouvoir discrétionnaire est mise en lumière par D. P. Jones et

*Administrative Law*, where the difference between “general” and “inflexible” policy is described at page 137:

... the existence of discretion implies the absence of a rule dictating the result in each case; the essence of discretion is that it can be exercised differently in different cases. Each case must be looked at individually, on its own merits. Anything, therefore, which requires a delegate to exercise his discretion in a particular way may illegally limit the ambit of his power. A delegate who thus fetters his discretion commits a jurisdictional error which is capable of judicial review.

On the other hand, it would be incorrect to assert that a delegate cannot adopt a general policy. Any administrator faced with a large volume of discretionary decisions is practically bound to adopt rough rules of thumb. This practice is legally acceptable, provided each case is individually considered on its merits. [My emphasis.]

[108] These same principles were applied by Mr. Justice Strayer in *Vidal v. Canada* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.). He recognized that guidelines were not only permissible but in certain circumstances, highly desirable in order to promote “some sort of consistency throughout the country” in term of how discretion is exercised. He went on to find that, in the circumstances however, an immigration officer was not entitled to reject the case simply because it was not covered by the guidelines. At page 136 of his decision he wrote:

Following the principles laid down by Jerome A.C.J. in the *Yhap* case, I can only reiterate that the guidelines must be regarded as stating a “general policy” or “rough rules of thumb” but cannot validly be treated as providing an exhaustive definition of the circumstances in which humanitarian and compassionate considerations can be found.

[109] In *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, the Ontario Court of Appeal held that an administrative tribunal can use non-statutory instruments, such as guidelines, to

A. S. de Villars dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, où, à la page 137, il est question de politique « générale » et « inflexible » :

[TRADUCTION] [...] l'existence du pouvoir discrétionnaire implique l'absence d'une règle dictant le résultat dans chaque cas; le pouvoir discrétionnaire réside essentiellement dans le fait que son exercice varie selon les cas. Et chaque cas est un cas d'espèce. En conséquence, tout ce qui exige d'un délégué qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière peut illégalement restreindre la portée de son pouvoir. Un délégué qui entrave ainsi son pouvoir discrétionnaire excède sa compétence et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

D'autre part, c'est une erreur de dire qu'un délégué ne saurait adopter un principe général. Tout administrateur qui doit prendre un grand nombre de décisions discrétionnaires est pratiquement obligé d'adopter des règles empiriques grossières. Cette pratique est légalement acceptable pourvu que chaque cas soit examiné comme un cas d'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[108] Les mêmes principes ont été appliqués dans *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 63 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), où le juge Strayer a reconnu que les directives n'étaient pas seulement permises, mais également fortement souhaitables dans certaines circonstances pour assurer une « certaine cohérence dans tout le pays » en ce qui concerne la façon dont le pouvoir discrétionnaire est exercé. Il a ajouté que, dans les circonstances cependant, un agent d'immigration n'avait pas le droit de rejeter l'affaire uniquement parce que celle-ci n'était pas visée par les directives. Il a écrit à la page 11 de sa décision :

Suivant les principes posés par le juge en chef adjoint Jérôme dans la décision *Yhap*, je ne puis que réitérer que les lignes directrices doivent être considérées comme établissant une « principe général » ou des « règles empiriques grossières », mais ne peuvent pas être valablement traitées comme une source de définition exhaustive des circonstances dans lesquelles on peut conclure à l'existence de raisons d'ordre humanitaire.

[109] Dans *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un tribunal administratif peut se servir de textes non réglementaires,

fulfil its mandate, but that there are limits on the use of those instruments. Specifically, the Court stated that:

- (1) a non-statutory instrument can have no effect in the face of a contradictory statutory provision or regulation;
- (2) a non-statutory instrument cannot pre-empt the exercise of a regulator's discretion in a particular case;
- (3) a non-statutory instrument cannot impose mandatory requirements enforceable by sanction; that is, the regulator cannot issue *de facto* laws disguised as guidelines.

[110] The Federal Court of Appeal in *Ha*, found that *Ainsley* offered guidance on how to determine whether a policy is or is not mandatory. In *Ha* the Court dealt with a policy that prohibited applicants from attending visa officer interviews with their counsel. The Court found that, since the policy permitted no consideration of individual circumstances, it fettered the officer's discretion. At paragraph 71 of its reasons, the Court wrote:

While administrative decision-makers may validly adopt guidelines to assist them in exercising their discretion, they are not free to adopt mandatory policies that leave no room for the exercise of discretion. In each case, the visa officer must consider the particular facts.

[111] The above jurisprudence establishes that guidelines can be important instruments, permissible and even desirable when they are crafted to assist or guide decision makers in the exercise of their discretion. However, a guideline "may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule that results in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases" (from Professor J. M. Evans' *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th edition, 1980, at page 312; cited by Jerome A.C.J. in *Yhap*, at page 738).

comme des directives, pour remplir son mandat, mais qu'il y a des limites à l'utilisation de ce genre de textes. La Cour a dit plus précisément :

- 1) qu'un texte non réglementaire peut n'avoir aucun effet s'il est contraire à une disposition législative ou réglementaire;
- 2) qu'un texte non réglementaire ne peut empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un organisme de réglementation dans un cas donné;
- 3) qu'un texte non réglementaire ne peut imposer des exigences obligatoires et prévoir que leur non-respect entraîne des sanctions; en d'autres termes, l'organisme de réglementation ne peut adopter des directives qui sont en réalité des règles.

[110] Dans *Ha*, la Cour d'appel fédérale a indiqué que l'arrêt *Ainsley* donnait des indications au sujet de la manière de déterminer si une politique est contraignante ou non. La Cour d'appel fédérale devait se pencher, dans *Ha*, sur une politique qui interdisait aux demandeurs d'assister avec leur procureur aux entrevues des agents des visas. La Cour a conclu que, comme la politique ne permettait pas de tenir compte des circonstances particulières, elle entravait le pouvoir discrétionnaire de l'agent. Elle a écrit au paragraphe 71 de ses motifs :

Bien que les décideurs administratifs puissent valablement adopter des lignes directrices pour les aider dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, ils n'ont pas la liberté d'adopter des politiques obligatoires ne laissant aucune place à cet exercice. Dans chaque cas, l'agent des visas doit examiner les faits particuliers.

[111] Il ressort de la jurisprudence ci-dessus que les directives peuvent constituer des outils importants et qu'elles sont permises et même souhaitables si elles ont pour but d'aider ou de guider les décideurs dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Toutefois, une directive [TRADUCTION] « peut constituer une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire si elle est érigée en règle générale, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers » (professeur J. M. Evans, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup>

[112] Guideline 7, unlike guidelines that deal with general policy considerations applicable to substantive decisions, deals essentially with procedure in the conduct of the hearing. As I have determined earlier in these reasons, the guideline, as drafted, does not inherently violate the principles of natural justice or procedural fairness. The guideline may nevertheless be unlawful if it can be shown to fetter the discretion of a Board member. Whether Guideline 7 fetters the discretion of Board members, will depend on whether the Chairperson's standard order of questioning procedure crosses "the Rubicon between a non-mandatory guideline and a mandatory pronouncement having the same effect as a statutory instrument": *Ainsley*, at page 109.

[113] The trial Court in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Gen. Div.), concluded that the policy statement at issue was actually a set of binding Ontario Securities Commission rules for "penny stock" traders. The Court found the policy statement to be mandatory and regulatory in nature based on three factors:

- (1) the language of the policy
- (2) the practical effect of failing to comply with the policy
- (3) the evidence with respect to the expectations of the Commission and staff regarding the implementation of the policy

[114] In my view, these factors provide a useful framework within which to conduct my analysis on this issue. I will consequently consider the evidence adduced and the arguments advanced by the parties in relation to these factors.

édition, 1980, à la page 312, cité par le juge en chef adjoint Jerome dans *Yhap*, à la page 738).

[112] Contrairement aux directives qui traitent de considérations de politique générale applicables aux décisions de fond, les Directives n° 7 ont trait essentiellement à la procédure à suivre lors des audiences. Comme je l'ai indiqué précédemment dans les présents motifs, les directives, telles qu'elles sont formulées, ne contreviennent pas par elles-mêmes aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Elles peuvent néanmoins être illégales si l'on peut démontrer qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Pour savoir si les Directives n° 7 entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires, il faut déterminer si l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président franchit [TRADUCTION] « le Rubicon qui sépare les directives non obligatoires des déclarations obligatoires ayant le même effet qu'un texte réglementaire » : *Ainsley*, à la page 109.

[113] Le juge de première instance avait conclu, dans *Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission* (1993), 14 O.R. (3d) 280 (Div. gén.), que l'énoncé de politique en cause était en fait un ensemble de règles contraignantes établies par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario à l'intention des spéculateurs intéressés par les « actions cotées en cents ». La Cour a considéré que l'énoncé de politique était obligatoire et de nature réglementaire en raison des trois facteurs suivants :

- 1) le libellé de la politique;
- 2) les conséquences pratiques du non-respect de la politique;
- 3) la preuve relative aux attentes de la Commission et de son personnel au regard de l'application de la politique.

[114] À mon avis, ces facteurs constituent des paramètres utiles à l'intérieur desquels j'analyserai cette question. J'examinerai donc la preuve produite et les arguments avancés par les parties relativement à ces facteurs.

[115] In *Ainsley*, the trial Court found that the policy at issue provided that in certain circumstances the contemplated business practices “need not be adopted,” which implied that, save for the exceptions the business practices must be adopted. The Court held that this language indicates a mandatory requirement and not a general policy statement.

[116] The Ontario Court of Appeal in *Ainsley* subsequently provided some guidance in determining whether the language of a guideline points to a mandatory rule. At page 110 of its reasons the Court stated:

There is no bright line which always separates a guideline from a mandatory provision having the effect of law. At the centre of the regulatory continuum one shades into the other. Nor is the language of the particular instrument determinative. There is no magic to the use of the word “guideline”, just as no definitive conclusion can be drawn from the use of the word “regulate”. An examination of the language of the instrument is but a part, albeit an important part, of the characterization process. In analyzing the language of the instrument, the focus must be on the thrust of the language considered in its entirety and not on isolated words or passages.

[117] At the outset I think it useful to acknowledge that the order of questioning a claimant in the context of a refugee hearing, while not a vested right, can be an important factor. By providing for a claimant to be questioned first by his or her counsel, in certain exceptional circumstances, the drafters of Guideline 7 have, by implication, recognized that such a change of the order of questioning of the claimant, in those exceptional circumstances, may be necessary to comply with the rules of fairness. At the very least there is inherent recognition in the guidelines, that reverting to allowing claimants to be questioned first by their counsel, in “exceptional circumstances”, would better serve the claimants in discharging their onus to establish their claim. This view finds support in the uncontroverted evidence of Dr. Donald Payne. He summarizes his evidence as follows:

[115] Dans *Ainsley*, le juge de première instance avait conclu que la politique en cause dans cette affaire prévoyait que les pratiques commerciales envisagées [TRADUCTION] « n’ont pas à être adoptées » dans certains cas, ce qui impliquait qu’elles devaient être adoptées sauf dans les cas visés par les exceptions. La Cour avait statué que ce libellé traduisait une obligation et non une politique générale.

[116] La Cour d’appel de l’Ontario a donné ensuite, dans *Ainsley*, des précisions utiles pour déterminer si une directive est une règle obligatoire en raison de son libellé. Elle a indiqué à la page 110 de sa décision :

[TRADUCTION] Il n’y a pas toujours de ligne claire qui sépare une ligne directrice d’une prescription obligatoire ayant l’effet d’une disposition législative. Au centre de l’univers réglementaire, ces deux réalités se confondent. La terminologie du texte en cause ne permet pas non plus de trancher la question. L’utilisation du terme « ligne directrice » n’a rien de magique, et on ne peut non plus tirer une conclusion définitive de l’utilisation du terme « réglementer ». Bien qu’important, l’examen de la terminologie d’un texte n’est qu’une partie du processus visant à en déterminer la portée. En analysant la terminologie d’un texte, il faut toujours la replacer dans son contexte et non en isoler certains termes ou passages.

[117] D’entrée de jeu, je pense qu’il est utile de reconnaître que l’ordre dans lequel un demandeur doit être interrogé au cours de l’audition de sa demande d’asile peut être un facteur important, bien qu’il ne s’agisse pas d’un droit acquis. En prévoyant qu’un demandeur peut être interrogé d’abord par son procureur dans certaines circonstances exceptionnelles, les auteurs des Directives n° 7 ont reconnu implicitement qu’il peut être nécessaire de changer l’ordre des interrogatoires dans ces circonstances exceptionnelles pour que les règles d’équité soient respectées. Les directives reconnaissent à tout le moins de manière inhérente que le fait que le demandeur soit interrogé d’abord par son procureur dans des « circonstances exceptionnelles » pourrait l’aider à mieux exposer sa cause. Le témoignage non contesté du Dr Payne va dans le même sens. Le Dr Payne résume son témoignage de la manière suivante :

## [TRADUCTION]

34. It is my opinion that, because of their psychological disturbances resulting from past mistreatment, it is unrealistic to expect that many refugee claimants will be able to make a full and accurate statement of their experiences if, at their refugee hearing, they are questioned first by a Refugee Protection Officer or a Board Member. Many claimants will minimize their experiences due to the distress caused by recalling them. Many claimants will also have great difficulty trusting both the Refugee Protection Officer and the Board Member, since both are agents of the state and neither [is] concerned exclusively with their best interests. If questioned first by individuals who they perceive may be hostile to their claim, claimants may say inaccurate, incomplete or contradictory things as a result of their anxiety and confusion. Furthermore, they may not be able to recover over the course of the hearing from the initial questioning by the Refugee Protection Officer or the Board Member.
35. This being the case, it is my opinion that to have refugee claimants questioned first by the Refugee Protection Officer or by the Board member will prevent many claimants from effectively testifying on their own behalf.
36. Conversely, it is my opinion that having refugee claimants questioned first by their Counsel, a non-government agent whose role it is to represent claimants' interests, who the claimants have previously met and have grown to trust, is more likely to promote effective testimony from refugee claimants who have been subject to persecution.
34. Je suis d'avis que, en raison des troubles psychologiques résultant des mauvais traitements qu'ils ont subis dans le passé, il n'est pas réaliste d'attendre de nombreux demandeurs d'asile qu'il soient en mesure de relater fidèlement toutes leurs expériences si, à l'audience, ils sont interrogés d'abord par l'agent de protection des réfugiés ou le commissaire. Bon nombre de demandeurs minimiseront les expériences qu'ils ont vécues à cause de la détresse qu'ils ressentent en se les rappelant. De nombreux demandeurs auront également beaucoup de difficulté à faire confiance à l'agent de protection des réfugiés et au commissaire parce que ces personnes sont des représentants de l'État qui ne sont pas préoccupés uniquement par leur intérêt supérieur. S'ils sont interrogés en premier par des personnes qui, à leurs yeux, peuvent être hostiles à leur demande, les demandeurs pourraient dire des choses inexactes, incomplètes ou contradictoires à cause de leur anxiété et de leur confusion. En outre, ils pourraient ne pas se remettre avant la fin de l'audience de l'interrogatoire initial de l'agent de protection des réfugiés ou du commissaire.
35. Par conséquent, j'estime que le fait d'être interrogés d'abord par l'agent de protection des réfugiés ou par le commissaire empêchera un grand nombre de demandeurs de témoigner efficacement pour leur propre compte.
36. J'estime également, par contre, que si les demandeurs d'asile sont interrogés d'abord par leur procureur, une personne qui n'est pas un représentant de l'État, qu'ils connaissent déjà, à qui ils font confiance et dont le rôle est de défendre leurs intérêts, les témoignages des demandeurs d'asile qui ont été persécutés seront probablement plus efficaces.

[118] The drafters of Guideline 7 have also, by implication, recognized the importance of the order of examination in other provisions of Guideline 7; for instance, in cases where the onus is on the Minister to establish a basis to exclude a claimant. In such circumstances, paragraph 21 of Guideline 7 provides that the Minister is to proceed first, without exception. Quite apart from the argument that could be made in respect to the fairness of having a different order of questioning when the onus of proof is on the claimant, it is telling that the drafters of Guideline 7 have obviously recognized the significance of the order of examination of claimants in refugee proceedings in certain circumstances.

[118] Les auteurs des Directives n° 7 ont également reconnu implicitement l'importance de l'ordre des interrogatoires dans les autres paragraphes de ces directives. Par exemple, le paragraphe 21 prévoit que le ministre est le premier à interroger le demandeur dans tous les cas où il lui incombe de prouver que ce dernier est exclu. Outre l'argument qui pourrait être avancé relativement à la question de savoir s'il est équitable d'avoir un ordre des interrogatoires différent lorsque le fardeau de la preuve repose sur le demandeur, il est révélateur que les auteurs des Directives n° 7 aient visiblement reconnu l'importance de l'ordre dans lequel les demandeurs d'asile sont interrogés dans certaines circonstances.

[119] I now turn to the language of Guideline 7. Viewed in its entirety, the language of Guideline 7 leaves little doubt that the thrust of the guideline indicates to Board members a mandatory process rather than a recommended but optional process. The language of Guideline 7—and not just the standard order of questioning procedure contained in paragraph 19 of the guideline—is imperative. Paragraph 19 provides that the standard practice will be for the RPO to begin, and if no RPO is participating at the hearing, the Board member will begin. The respondent contends that paragraph 23 of the guideline provides that the Board member has discretion to change the order of questioning in exceptional circumstances. The intervenor submits that the existence of “exceptional circumstances” in paragraph 23 only reinforces the mandatory nature of the standard order of questioning. The language of paragraph 23 does provide that in “such circumstances” a Board member may vary the order of questioning. In my view, paragraph 23 establishes a high threshold as to the nature of the “exceptional circumstance”. In the examples used in paragraph 23, the claimant must be “severely” disturbed and the child must be “very” young for an exception to apply. The paragraph goes on to state that it is in “such circumstances” that an exception “could” be made. By using such language, the guideline appears to limit the member’s discretion to only those “exceptional circumstances” contemplated in paragraph 23. It may be argued that the examples offered in paragraph 23 are just that, “examples”. However, in my view, these examples restrict the sort of circumstances that may warrant an exception. The use of qualifiers such as “severely” and “very” leave little doubt that the scope of “such circumstances” contemplated by the guideline is limited. There may well be circumstances which do not fit within the scope of those “exceptional circumstances” contemplated in Guideline 7 which, in the discretion of the Board member, would warrant proceeding otherwise than by the standard order of questioning. The language of paragraph 23 may leave a member with the impression that he or she has no option but to follow the guideline in such cases. At the very least, in my view, paragraph 23 by requiring “exceptional circumstances” for straying from the norm deters the member from considering other factors before deciding what order of questioning is appropriate. Guideline 7 would in effect, in such a case, serve to

[119] Examinons maintenant le libellé des Directives n° 7. Considéré dans son ensemble, ce libellé laisse peu de doute quant au fait que les directives ne recommandent pas un processus facultatif, mais établissent un processus obligatoire. Le libellé des Directives n° 7—et pas seulement l’ordre normalisé des interrogatoires décrit au paragraphe 19—est impératif. Le paragraphe 19 prévoit que ce sera normalement l’APR qui commencera et, en l’absence d’un APR, le commissaire. Le défendeur fait valoir que le paragraphe 23 des directives permet au commissaire de changer l’ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles. L’intervenant répond que la mention de « circonstances exceptionnelles » au paragraphe 23 ne fait que renforcer la nature obligatoire de l’ordre normalisé des interrogatoires. Le paragraphe 23 prévoit que, dans de « telles circonstances », le commissaire peut changer l’ordre des interrogatoires. À mon avis, le paragraphe 23 fixe une norme rigoureuse quant à la nature des « circonstances exceptionnelles ». Il ressort des exemples qui y sont donnés qu’il faut que le demandeur d’asile soit « très » perturbé ou que l’enfant soit « très » jeune pour qu’une exception s’applique. Le paragraphe prévoit ensuite que c’est dans de « telles circonstances » qu’une exception « peut » s’appliquer. Les directives semblent ainsi limiter le pouvoir discrétionnaire du commissaire aux seules « circonstances exceptionnelles » envisagées par le paragraphe 23. On pourrait prétendre que les exemples donnés au paragraphe 23 ne sont que cela—des « exemples ». À mon avis cependant, ces exemples limitent le type de circonstances pouvant justifier une exception. L’emploi de l’adverbe « très » laisse peu de doute quant au fait que ces circonstances sont limitées. Des circonstances qui ne sont pas incluses dans ces « circonstances exceptionnelles » pourraient, de l’avis d’un commissaire, justifier que les interrogatoires se déroulent dans un ordre différent de l’ordre normalisé. Le libellé du paragraphe 23 peut laisser à un commissaire l’impression qu’il n’a d’autre choix que de suivre les directives dans de tels cas. À tout le moins selon moi, en prévoyant qu’il est possible de s’écarter de la norme uniquement dans des « circonstances exceptionnelles », le paragraphe 23 dissuade le commissaire de tenir compte d’autres facteurs avant de décider de l’ordre dans lequel les interrogatoires devraient se dérouler. Les Directives n° 7 auraient effectivement pour effet, dans

fetter the member's discretion.

[120] Guideline 7 could have been drafted using clear language indicating that the guideline was not mandatory and that the member was free to determine the order of questioning based on the particular facts of the case in the exercise of discretion. In my view, even a liberal and generous reading of Guideline 7 falls short of such an interpretation. Given the imperative language of Guideline 7, I am also of the view that it is not saved by its introductory paragraphs, which also refer to "exceptional circumstances" and "particularly vulnerable" claimants.

[121] Further, there is an expectation from those responsible for the good administration of the IRB, that the guideline be followed unless the member justifies not doing so within the parameters of exceptions contemplated in the guideline. The testimony of Paul Aterman confirms that this is indeed the position of the IRB. On cross-examination he stated:

The position of the board has been that if a guideline is issued by the chairperson of the board, then members are expected to follow it in appropriate circumstances or they have to indicate in their view why the guideline is not being followed.

[122] There is evidence on the record to support the intervenor's contention that Guideline 7 appears to have been issued with the presumption that Board members will universally conform to it. The evidence of Professor James Donald Galloway, formerly a Board member, supports this contention. At paragraph 38 of his affidavit Professor Galloway attests as follows:

38. As a Board Member, I would not have interpreted the above direction from the IRB administration as leaving me with the discretion to determine if it were appropriate to follow the Guideline on a case by case basis. Paragraphs 19 and 23 of Guideline 7 appear to have been issued with the intent, or the presumption that the Board Members will universally conform to them. I say this

un tel cas, d'entraver le pouvoir discrétionnaire du commissaire.

[120] Le libellé des Directives n° 7 aurait pu indiquer clairement que celles-ci ne sont pas obligatoires et que les commissaires sont libres d'exercer leur pouvoir discrétionnaire et de décider de l'ordre des interrogatoires en tenant compte des faits particuliers de chaque affaire. Or, il est impossible d'attribuer ce sens aux directives, même en leur donnant une interprétation libérale et généreuse. Je suis également d'avis que, compte tenu de son libellé contraignant, les Directives n° 7 ne peuvent être sauvegardées par leurs paragraphes introductifs, où il est également question de « circonstances exceptionnelles » et de demandeurs d'asile « particulièrement vulnérables ».

[121] En outre, les personnes chargées de la bonne administration de la Commission s'attendent à ce que les directives soient suivies, à moins que les commissaires expliquent pourquoi il s'en écartent à l'intérieur des paramètres des exceptions qui y sont prévues. Le témoignage de Paul Aterman confirme que la Commission a bien adopté cette position. Il a déclaré lors de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION] La position de la Section est la suivante : les commissaires doivent se conformer aux directives données par le président dans les circonstances appropriées ou expliquer pourquoi ils ne le font pas.

[122] Le dossier renferme des éléments de preuve étayant la prétention de l'intervenant selon laquelle le président semble avoir présumé, lorsqu'il a donné les Directives n° 7, que les commissaires s'y conformeraient toujours. Le témoignage du professeur James Donald Galloway, un ancien commissaire, va dans le même sens. Le professeur Galloway affirme au paragraphe 38 de son affidavit :

[TRADUCTION]

38. En tant que commissaire, je n'aurais pas considéré que les instructions dont il est question ci-dessus, qui émanaient de la direction de la Commission, me permettaient de déterminer s'il convenait de suivre les Directives n° 7 dans un cas donné. Le président semble avoir adopté les paragraphes 19 et 23 de ces directives avec l'idée que les commissaires s'y conformeraient dans

because Board Members are instructed that the “*standard*” practice, from henceforth “*will be*” for either the RPO or the Board member to proceed first. Furthermore, although an exceptional circumstances provision in theory exists, only an extremely narrow range of exceptions is provided for. Thus, waiving the standard procedure appears acceptable not for a child, not even for a young child, but only for a *very young child*. Similarly, waiver is acceptable not for a disturbed claimant, but for a *severely disturbed claimant*.

[123] Professor Galloway also attests that there is a significant difference between offering guidelines to be employed in appropriate cases and saying that a guideline shall apply except in exceptional cases. At paragraphs 40-41 of his affidavit, he states:

40. In the former case, it will [be] up to the Board Member to decide whether the Guideline should be applied. There is no presumption one way or another. Rather, the issue must be determined on a case by case basis, taking into account all relevant factors. A good example of such guidelines are the Board’s *Gender Guidelines*. Clearly the *Gender Guidelines* do not fetter the discretion of individual Board members. They merely provide an analytical framework to assist members in conceptualizing gender based claims.
41. In the case of Guideline 7, however, the guidelines presumptively apply unless the case is shown to be extremely exceptional. The Guideline’s restrictive demand for a standard mode of proceeding is inconsistent with the exercise of discretion. It deters the decision maker from considering all of the relevant factors and deciding on balance what manner of proceeding is appropriate by requiring that special reasons be provided for straying from the norm. It is, of course, always important to remember that these Guidelines are not legislation, nor are they even regulation. Because they do not have the same status as legislation, or regulation, the manner in which Guideline 7 is being implemented is thus, in my opinion, an inappropriate fettering of the discretion of Board Members.

tous les cas, ou avec la présomption qu’il en serait ainsi. J’arrive à cette conclusion parce que l’on a dit aux commissaires que c’est « généralement » l’APR ou le commissaire qui commence l’interrogatoire. En outre, même si une disposition sur les circonstances exceptionnelles existe en théorie, il n’y a que très peu d’exceptions qui sont prévues. Ainsi, s’écarter de la procédure habituelle ne semble pas acceptable dans le cas d’un enfant, ni même d’un jeune enfant, mais uniquement dans le cas d’un *très jeune enfant*. De même, il ne convient pas de ne pas appliquer la procédure habituelle dans le cas d’un demandeur perturbé, mais uniquement dans le cas d’un *demandeur très perturbé*.

[123] Le professeur Galloway affirme également qu’il y a une différence importante entre le fait de donner des directives devant être appliquées dans les circonstances appropriées et le fait de dire que des directives doivent s’appliquer sauf dans les cas exceptionnels. Il déclare aux paragraphes 40 et 41 de son affidavit :

[TRADUCTION]

40. Dans le premier cas, il appartiendra au commissaire de décider si les directives devraient être appliquées. Il n’existe aucune présomption à cet égard. En fait, la question doit être décidée au cas par cas, en tenant compte de tous les facteurs pertinents. Les Directives concernant la persécution fondée sur le sexe sont un bon exemple de directives de ce genre. Il ne fait aucun doute que ces directives n’entravent pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Elles mettent simplement en place un cadre d’analyse pour aider les commissaires à conceptualiser les demandes fondées sur le sexe.
41. Les Directives n° 7, par contre, sont présumées s’appliquer, sauf si l’on démontre que le cas est extrêmement exceptionnel. L’obligation de suivre une procédure normalisée va à l’encontre de l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Elle dissuade le décideur de tenir compte de tous les facteurs pertinents et de décider de quelle manière il convient de procéder en l’obligeant à expliquer pourquoi il s’écarte de la norme. Il est évidemment important de se rappeler que ces directives ne sont pas un texte de loi, ni même un règlement. Étant donné qu’elles n’ont pas le même statut qu’une loi ou qu’un règlement, la façon dont elles sont appliquées constitue, à mon avis, une entrave inappropriée au pouvoir discrétionnaire des commissaires.

[124] The intervener also argues that Board members are remarkably loyal to the Board and respectful of the Chairperson and his policies, and as a result would defer to the strong mandatory language of the guideline. Further it is argued that since the vast majority of members are not lawyers, they lack the confidence to make procedural determinations and will often defer to the guideline in assessing the appropriate choice of procedure. The evidence of Professor Galloway, at paragraphs 42 and 43 of his affidavit, essentially attest to the above circumstances and supports the intervener's argument.

[125] There is further evidence, adduced through the affidavit of Raoul Boulakia, indicating that certain Board members feel they have to follow the guideline. The presiding Board member during the hearing in the *Baskaran* case, stated in response to an objection to the standard-order questioning procedure (Boulakia's affidavit, exhibit B.):

We have been told that we have to do the questioning first and your counsel will be asking you questions after that, and that's the procedure we have to follow....

[126] In response, the respondent points to cases where Board members have indeed disagreed with and not applied the guideline. The respondent argues that this supports its contention that Guideline 7 is not binding on Board members. One such case is the above-mentioned decision of Board member Steve Ellis, which forms part of the record before this Court. The member strongly criticizes Guideline 7, particularly with respect to its fettering of Board members' discretion. Board member Ellis wrote that members are "strongly urged" to follow a decision rendered by the Board in *Re R.K.N.*, where it was decided that the guideline did not violate natural justice. The Board in this case, as noted above, cited from the Board's decision in *R.K.N.* in its reasons.

[127] The intervener also argues that there is evidence of "top down pressure" on Board members to follow the standard order questioning procedure and of the threat of sanctions for non compliance with Guideline 7.

[124] L'intervenant soutient en outre que les commissaires sont remarquablement loyaux à l'égard de la Section et respectueux envers le président et ses politiques, de sorte qu'ils se soumettraient au libellé fortement contraignant des directives. Il soutient de plus que, comme la grande majorité des commissaires ne sont pas des avocats, ils n'ont pas la confiance nécessaire pour décider de la procédure appropriée et s'en remettent souvent aux directives à cet égard. Le professeur Galloway confirme essentiellement ces faits aux paragraphes 42 et 43 de son affidavit et appuie l'argument de l'intervenant.

[125] Selon l'affidavit de Raoul Boulakia, certains commissaires se sentent obligés de se conformer aux directives. Le commissaire qui a présidé l'audience dans l'affaire *Baskaran* a répondu ce qui suit à une objection visant l'ordre normalisé des interrogatoires (affidavit de M. Boulakia, pièce B) :

[TRADUCTION] On nous a dit que nous devons vous interroger d'abord, après quoi votre procureur vous posera des questions. C'est la procédure que nous devons suivre [...]

[126] En réponse, le défendeur rappelle des affaires où les commissaires n'ont pas appliqué les directives parce qu'ils ne les approuvaient pas. Selon lui, cela démontre que les Directives n° 7 ne sont pas contraignantes. L'un de ces commissaires est Steve Ellis. Dans une affaire faisant partie du dossier déposé à la Cour, ce dernier critique vivement les Directives n° 7, en particulier parce qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Le commissaire Ellis a écrit que les commissaires [TRADUCTION] « sont fortement encouragés » à se conformer à la décision rendue par la Section dans *Re R.K.N.*, où il a été décidé que les directives ne contrevenaient pas à la justice naturelle. Comme il a été indiqué précédemment, la Section a cité, dans ses motifs concernant la présente affaire, des extraits de la décision qu'elle a rendue dans *R.K.N.*

[127] L'intervenant soutient en outre que la preuve démontre que des pressions sont exercées par la direction de la Commission sur les commissaires pour qu'ils suivent l'ordre normalisé des interrogatoires et

Specifically, the intervener directs the Court's attention to the following evidence indicating that the IRB is monitoring compliance:

(1) the Board's "hearing information sheets" on which members are requested to indicate whether they followed "reverse-order questioning" and if not, why not.

(2) a series of e-mail correspondence which indicate that the Deputy Chair of IRB requested copies of decisions where a Board member allowed counsel to question first, and that "counsel-first" hearings were being flagged and the individual member who proceeded that way was asked to explain whether exceptional circumstances were cited, or if there were other reasons for the member not following "reverse-order questioning": Boulakia's affidavit, Exhibit A.

(3) the Board's "performance appraisal forms" which indicate that one factor considered in the reappointment process is whether the member has applied the guidelines in "appropriate circumstances".

[128] Finally, the intervener points out that in cross-examination, Paul Aterman admitted that the Deputy Chair of the IRB requires managers to monitor individual member's compliance with Guideline 7, and that he further admitted that individuals who were not complying with Guideline 7 were called to a personal accounting for failing to do so.

[129] Professor Galloway's affidavit evidence supports the contention that the "top down pressure" from the IRB fetters Board members' discretion. At page 43 of his cross-examination he stated:

The difficulty that I would have as a board member that I try and express is I think that following the guideline would actually interfere with my ability to do the job really well, and my concern would be that that would put me in a position

qu'ils sont menacés de sanctions s'ils ne se conforment pas aux Directives n° 7. Il attire plus particulièrement l'attention de la Cour sur les éléments de preuve suivants qui démontrent que la Commission surveille l'observation des directives :

1) les « fiches de renseignements sur l'audience » de la Section, sur lesquelles les membres doivent indiquer s'ils ont suivi l'ordre inversé des interrogatoires et, le cas échéant, pourquoi ils ne l'ont pas fait;

2) une série de courriels qui indiquent que le vice-président de la Commission a demandé des copies des décisions dans lesquelles le commissaire a permis au conseil d'interroger le demandeur en premier, que ces affaires étaient signalées et que le commissaire concerné devait expliquer si des circonstances exceptionnelles avaient été invoquées ou s'il avait des raisons de ne pas suivre l'ordre inversé des interrogatoires : affidavit de M. Boulakia, pièce A;

3) les formulaires d'évaluation du rendement utilisés par la Section, qui indiquent que l'un des critères pris en compte aux fins du renouvellement d'une nomination consiste à savoir si le commissaire a appliqué les directives dans les [TRADUCTION] « circonstances appropriées ».

[128] Finalement, l'intervenant rappelle que Paul Aterman a admis, lors de son contre-interrogatoire, que le vice-président de la Commission demande aux gestionnaires de vérifier que chaque membre applique les Directives n° 7 et que les commissaires qui ne se conforment pas à ces directives doivent expliquer pourquoi.

[129] Dans son affidavit, le professeur Galloway confirme que les pressions exercées par la direction de la Commission entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Il est indiqué ce qui suit à la page 43 de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

La difficulté que j'aurais en tant que commissaire et que j'essaie d'exprimer, c'est qu'en suivant les directives je serais moins en mesure de vraiment bien faire mon travail. Je craindrais de me trouver devant un dilemme, l'organisation

where I would feel a dilemma that there is a—that there is a—a requirement that I do something, that the institution is saying this is the best practice and my personal experience is saying, no, it's not; and that confrontation with the board is something that I see as being a[n] uncomfortable and unhappy and unfortunate situation to put myself into and I would say to put other—other like-minded board members into.

In that sense I think we have fettering in the—in the sense that there is pressure to—there is institutional pressure to abide by a practice that you don't actually think is the best way of making the determination.

[130] I accept the evidence adduced by the intervenor to support the following findings: (1) that the IRB engages in monitoring the implementation of its guidelines; (2) that in respect to Guideline 7, there is a clear expectation that the guideline be followed; (3) that the monitoring exercise would in the minds of Board members serve to reinforce this expectation; (4) that compliance with the guideline is a factor considered in a member's performance appraisal. In my view, these findings combined, constitute institutional pressure on Board members to abide by the practice.

[131] However, I find there to be no evidence to suggest that the Chairperson of the IRB has sanctioned any Board member for non-compliance with Guideline 7 or that he has or had any intention of doing so. Nor do I find there to be any merit to the allegation that the IRB threatened compliance. Moreover, I note that the Chairperson does not have the statutory authority to sanction individual members. Members are appointed, reappointed or dismissed by the Governor in Council and not the Chairperson of the IRB: subsection 153(1) [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 173] of the IRPA. The Chairperson can only request that the Minister of Citizenship and Immigration consider taking remedial or disciplinary measures against a member on a limited number of grounds pursuant to section 176 of the IRPA. The section provides as follows:

**176. (1)** The Chairperson may request the Minister to decide whether any member, except a member of the Immigration Division, should be subject to remedial or disciplinary measures for a reason set out in subsection (2)

exigeant que je fasse quelque chose qui, à ses yeux, constitue la meilleure pratique et mon expérience personnelle me convainquant du contraire. Cette confrontation avec la Commission me placerait—moi et les autres commissaires partageant mon opinion—dans une situation inconfortable, regrettable et malheureuse.

En ce sens, je pense que nous entravons—en ce sens qu'il y a des pressions—que l'organisation exerce des pressions pour que les commissaires se conforment à une pratique qui, selon eux, n'est pas la meilleure.

[130] La preuve produite par l'intervenant me permet de tirer les conclusions suivantes : 1) la Commission surveille l'application de ses directives; 2) en ce qui concerne les Directives n° 7, on s'attend clairement à ce qu'elles soient suivies; 3) dans l'esprit des commissaires, la surveillance aurait pour but de renforcer cette attente; 4) le respect des directives est un facteur qui est pris en considération lors de l'évaluation des commissaires. À mon avis, ces conclusions, lorsque combinées, constituent des pressions exercées par la direction sur les commissaires pour qu'ils se conforment à la pratique.

[131] J'estime toutefois que la Cour ne dispose d'aucune preuve permettant de croire que le président de la Commission a déjà sanctionné un commissaire pour ne pas avoir suivi les Directives n° 7 ou qu'il a ou a eu l'intention de le faire. J'estime également que l'allégation selon laquelle la Commission a menacé de prendre des mesures en cas de non-respect des directives n'est pas fondée. En outre, je souligne que le président n'a pas le pouvoir de sanctionner les commissaires. Ces derniers sont nommés, renommés ou révoqués par le gouverneur en conseil et non par le président de la Commission : paragraphe 153(1) [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 173] de la LIPR. Le président peut seulement demander au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de décider si des mesures correctives ou disciplinaires s'imposent à l'égard d'un commissaire dans les quelques cas prévus à l'article 176 de la LIPR. Cette disposition prévoit ce qui suit :

**176. (1)** Le président peut demander au ministre de décider si des mesures correctives ou disciplinaires s'imposent à l'égard d'un commissaire non rattaché à la Section de l'immigration.

(2) The request is to be based on the reason that the member has become incapacitated from the proper execution of that office by reason of infirmity, has been guilty of misconduct, has failed in the proper execution of that office or has been placed, by conduct or otherwise, in a position that is incompatible with due execution of that office.

[132] I do acknowledge that the Chairperson does have some power over individual Board members in that the Chairperson may move members between Divisions of the IRB or assign administrative functions to members or apportion work among the members. However, the intervener does not allege that the Chairperson exercises such authority in order to sanction members for not complying with Guideline 7. Nor is there any evidence that the Chairperson has conducted himself in such a manner, which would raise concern about abuse of such authority.

[133] The evidence of Mr. Aterman indicates that the IRB has not instituted any formal or mandatory mechanisms regarding the extent to which the provisions relating to the order of questioning have been followed. He attests that the IRB did modify its hearing information sheet to allow the capturing of this information but only on a voluntary basis. His evidence is that the response rate is inconsistent and low. However, as mentioned above, Mr. Aterman did testify on cross-examination that the Deputy Chair of the Board required managers to monitor Board members' compliance with the guideline and admitted that individuals who were not complying were called upon to indicate why the guideline was not followed.

[134] There may well be good reasons for the IRB to monitor the implementation of a guideline. The Board may wish to assess the effectiveness of the change, whether there is a need to correct course or not, how it is being received, and what people's needs are in terms of training and professional development. No one would take issue with the Chairperson conducting such an exercise with respect to the Gender Guidelines. Evidence would indicate that similar monitoring was carried out at the time the Gender Guidelines were implemented. The monitoring exercise conducted by the

(2) La demande est fondée sur le fait que le commissaire n'est plus en état de s'acquitter efficacement de ses fonctions pour cause d'invalidité, s'est rendu coupable de manquement à l'honneur ou à la dignité, a manqué aux devoirs de sa charge ou s'est placé en situation d'incompatibilité, par sa propre faute ou pour toute autre cause.

[132] Je reconnais que le président peut exercer certains pouvoirs à l'égard des commissaires. Ainsi, il peut les muter à une autre section de la Commission, leur assigner des fonctions administratives ou répartir le travail entre eux. L'intervenant ne prétend pas cependant que le président exerce ces pouvoirs pour sanctionner les commissaires qui ne se conforment pas aux Directives n° 7. La Cour ne dispose pas d'ailleurs d'une preuve indiquant que le président a sanctionné des commissaires, ce qui ferait craindre un abus de pouvoir.

[133] Le témoignage de M. Aterman révèle que la Commission n'a pris aucune mesure officielle ou obligatoire concernant le respect des dispositions relatives à l'ordre des interrogatoires. M. Aterman affirme que la Commission a modifié sa fiche de renseignements sur l'audience afin d'obtenir des renseignements sur cette question, mais ces renseignements sont fournis seulement de façon volontaire. Selon lui, le taux de réponse est faible et variable. Comme il a été mentionné précédemment cependant, M. Aterman a déclaré dans son contre-interrogatoire que le vice-président de la Section exigeait des gestionnaires qu'ils surveillent le respect des directives par les commissaires et a reconnu que les commissaires qui ne s'y conformaient pas devaient expliquer pourquoi.

[134] La Commission peut avoir de bonnes raisons de surveiller l'application de directives. Elle peut vouloir évaluer l'efficacité du changement et savoir s'il est nécessaire d'apporter des correctifs, comment le changement est reçu et quels sont les besoins du personnel en matière de formation et de perfectionnement professionnel. Personne ne s'insurgerait contre le fait que le président mène un tel exercice à l'égard des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe. La preuve indiquerait qu'une surveillance similaire a été effectuée au moment de la mise en application de ces

IRB cannot, in my view, be said to be inappropriate or, on its own, constitute a clear indicator of fettering of a Board member's discretion. It is a factor that must be considered in the circumstances of a particular case.

[135] In the instant case, I am satisfied that there is significant evidence that the IRB made known to its members that they are expected to comply with the guideline save in exceptional cases. The problem is not so much with the expression of this expectation by the IRB, but rather its combination with a number of factors: the monitoring and expectation of compliance, the evidence of compliance, and especially the mandatory language of Guideline 7. These factors, in my view, all serve to fetter Board members' discretion. As Mr. Aterman acknowledged in testimony given on cross-examination: "It's a balancing which respects adjudicative independence on the one hand and the public and institutional interests in consistency on the other hand". In the circumstances of this case, the balancing of these interests, essentially because of the mandatory language used in Guideline 7, results in the interests of consistency outweighing the adjudicative independence of the Board member. The mandatory language of Guideline 7, the limited and narrow description of exceptional circumstances provided for in the guideline and the not so subtly expressed expectation of compliance by the IRB, all combine to limit a Board member's discretion. The fact that there are cases where a Board member has chosen not to follow the guideline does not cure these deficiencies. As stated earlier, the essence of discretion is that it can be exercised differently in different cases on the merits of the case. A guideline should not have the effect of causing a member, in conducting a hearing, to question whether he or she can adopt a particular procedure or a particular order of questioning of a claimant when the Board member legitimately holds the view that the standard order prescribed by the guideline is not the best or fairest way to proceed in the circumstances. There is uncontroverted evidence that for at least certain Board members this is the case. Guideline 7 in my view has the effect of dictating a certain procedure and allowing few exceptions, on a procedural issue that could potentially

directives. On ne peut pas, à mon avis, dire que la surveillance effectuée par la Commission est inappropriée ou qu'elle est en soi une indication claire de l'entrave au pouvoir discrétionnaire des commissaires. Il s'agit d'un facteur qu'il faut soupeser en tenant compte des circonstances particulières de chaque affaire.

[135] En l'espèce, je suis convaincu que la Cour dispose d'une preuve abondante démontrant que la Commission a fait savoir à ses membres qu'elle s'attendait à ce qu'ils se conforment aux directives, sauf dans des cas exceptionnels. Le problème ne concerne pas réellement l'expression de cette attente par la Commission, mais plutôt le fait qu'elle s'ajoute à d'autres facteurs : l'attente concernant l'observation des directives et la surveillance de cette observation, la preuve du respect des Directives n° 7 et, en particulier, le libellé contraignant de celles-ci. À mon avis, tous ces facteurs entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Comme M. Aterman l'a reconnu lors de son contre-interrogatoire : [TRADUCTION] « [c]et équilibre respecte l'indépendance des commissaires en matière de décision, d'une part, et les intérêts du public et de l'organisation en matière d'uniformité d'autre part ». Dans les circonstances de l'espèce, l'uniformité l'emporte sur l'indépendance des commissaires en matière de décision, essentiellement en raison du libellé contraignant des Directives n° 7. Ce libellé, la description restrictive des circonstances exceptionnelles contenue dans les directives et l'attente exprimée de manière pas très subtile par la Commission en matière de conformité ont pour effet de limiter le pouvoir discrétionnaire des commissaires. Le fait qu'il y a des cas où un commissaire a choisi de ne pas suivre les directives ne corrige pas le problème. Comme il a été mentionné précédemment, la caractéristique fondamentale du pouvoir discrétionnaire, c'est qu'il peut être exercé différemment dans différents cas, en fonction des particularités de chacun. Des directives ne devraient pas avoir pour effet d'amener un commissaire qui entend une affaire à se demander s'il peut adopter une procédure particulière ou un ordre particulier d'interrogatoires lorsqu'il a raison de croire que l'ordre normalisé prescrit par les directives n'est pas la meilleure façon ou la façon la plus équitable de procéder dans les circonstances. La Cour dispose d'une preuve

affect the fairness of the hearing. Put another way, Guideline 7, for the most part, requires a member to exercise her or his discretion in a particular way. In the result, I find that Guideline 7 fetters the discretion of Board members.

(iii) Does the Chairperson's standard-order of questioning procedure unlawfully distort the adjudicative role of the Board?

[136] The intervener asserts that the Chairperson's standard order of questioning procedure infringes on the legislatively mandated role of Board members in refugee determination hearings. The intervener submits that the change in the order of questioning changes the role of Board members. Coupled with the shift to one-member panels, this adds to the members' responsibilities. The intervener argues that courts have held that such added duty is incompatible with a decision maker's primary responsibility. The intervener cites *Rajaratnam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 135 N.R. 300, where the Federal Court of Appeal expressed concerns as to the propriety of a Board member intervening in the questioning of a claimant: "The Court was concerned that the Board member, by her questioning, may have removed her judicial hat and put on the hat of an advocate."

[137] The respondent argues that the intervener's contention that Board members will be distracted from their adjudicative role and drawn into the fray if they are required to ask questions before counsel is based on opinion and speculation, not on evidence, and in any event, does not establish a breach of the Board's duty of fairness. The respondent submits that the Court in *Rajaratnam* held that the Board must behave fairly and impartially—that is, judiciously; the Court did not state that Board members must behave like a judge. In my opinion, the intervener's argument has little merit. I agree with the respondent that the evidence is insufficient to establish a breach of natural justice or

non contredite qui démontre qu'au moins certains commissaires se sont trouvés dans cette situation. Les Directives n° 7 ont pour effet, à mon avis, de dicter une certaine procédure, sous réserve de quelques exceptions, concernant un aspect procédural susceptible d'avoir une incidence sur l'équité de l'audience. En d'autres termes, les Directives n° 7 exigent principalement des commissaires qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière. Par conséquent, j'estime qu'elles entravent leur pouvoir discrétionnaire.

iii) Les Directives n° 7 déforment-elles illégalement le rôle de décideur de la Section?

[136] L'intervenant affirme que l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président empiète sur le mandat confié par la loi aux commissaires lors des audiences relatives au statut de réfugié. Il soutient qu'en changeant l'ordre des interrogatoires, le président de la Section modifie le rôle des commissaires. Tout comme la création de tribunaux comptant seulement un membre, cette mesure alourdit les responsabilités des commissaires. L'intervenant fait valoir que les tribunaux ont statué que cette charge supplémentaire est incompatible avec la principale fonction d'un décideur. Il cite à cet égard *Rajaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 1271 (QL), où la Cour d'appel fédérale s'est demandée s'il était opportun pour une commissaire d'intervenir en questionnant la demanderesse : « La Cour craignait que la commissaire ait, par ses questions, quitté son rôle judiciaire pour prendre celui d'un avocat. »

[137] Le défendeur soutient que la prétention de l'intervenant selon laquelle les commissaires s'écarteront de leur rôle de décideur et entreront dans l'arène s'ils doivent interroger le demandeur avant le procureur repose sur une opinion et des hypothèses, et non sur des éléments de preuve, et ne traduit pas de toute façon un manquement à l'obligation d'équité de la Section. Le défendeur fait valoir que la Cour d'appel fédérale a statué dans *Rajaratnam* que la Section doit agir de manière équitable et impartiale, c'est-à-dire de manière judicieuse. Elle n'a pas dit que les commissaires doivent se comporter comme des juges. À mon avis, la prétention de l'intervenant a peu de valeur. Je suis

procedural fairness on the basis of the intervener's submissions on this issue.

[138] The Board is an administrative tribunal empowered by statute with an inquisitorial mandate. It is not improper for a Board member to engage in a probing examination of a claimant in order to assess the well-foundedness of a claim. There are, however, certain parameters within which a Board member must conduct her or himself. When these are exceeded, the Court in exercising its jurisdiction on judicial review can intervene and has done so on occasion, in the appropriate circumstance. In my view, the Chairperson's standard order of questioning procedure does not infringe on or adversely affect a Board member's role in refugee determination hearings.

9. Did the Board err in finding the applicant not to be a Convention refugee or a person in need of protection?

[139] Before proceeding to consider the arguments of the parties on the merits of the case, it is necessary to consider how my above findings with respect to natural justice and procedural fairness impact on the outcome of this application for judicial review. I find that Guideline 7 did not operate to deny the applicant a meaningful opportunity to present his case fully and fairly. I did however find that Guideline 7 does fetter the discretion of Board members.

[140] Procedural fairness in the refugee determination process requires at a minimum the right to a fair hearing: see *Singh*. Fundamental to the right of a fair hearing is that a Board member exercise independent judgment in deciding a case on its merits free from undue influence. Fettering of a Board member's discretion to decide the most appropriate process in the circumstances of each case constitutes undue influence and violates the principles of procedural fairness.

[141] The Supreme Court of Canada has held that once a breach of the principles of natural justice or

d'accord avec le défendeur que la preuve est insuffisante pour conclure qu'il y a eu manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale comme le prétend l'intervenant.

[138] La Section est un tribunal administratif à qui la loi confie le mandat d'un tribunal d'enquête. Il n'est pas inacceptable qu'un commissaire procède à un interrogatoire poussé d'un demandeur dans le but d'évaluer le bien-fondé de sa demande. Il y a cependant certains paramètres à respecter. Lorsqu'il excède ces paramètres, la Cour peut intervenir en exerçant son pouvoir en matière de contrôle judiciaire dans les cas appropriés, ce qu'elle a d'ailleurs fait à l'occasion. À mon avis, l'ordre normalisé des interrogatoires établi par le président n'empiète pas sur le rôle incombant aux commissaires lors des audiences relatives au statut de réfugié et n'a aucune incidence défavorable sur celui-ci.

9. La Section a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger?

[139] Avant d'étudier les arguments des parties sur le bien-fondé de l'affaire, il est nécessaire d'évaluer l'incidence des conclusions que j'ai tirées précédemment relativement à la justice naturelle et à l'équité procédurale sur l'issue de la présente demande de contrôle judiciaire. J'estime que les Directives n° 7 n'ont pas privé le demandeur d'une possibilité raisonnable d'exposer sa cause de manière équitable et complète. J'estime, par contre, qu'elles entravent le pouvoir discrétionnaire des commissaires.

[140] L'équité procédurale dans le processus de détermination du statut de réfugié exige à tout le moins que le demandeur ait droit à une audition impartiale : voir *Singh*. Ce droit exige à son tour qu'un commissaire statue sur le bien-fondé d'une affaire de manière indépendante, sans aucune influence indue. Or, entraver le pouvoir discrétionnaire d'un commissaire de décider de la meilleure procédure à suivre compte tenu des circonstances de chaque cas constitue une influence indue et viole les principes d'équité procédurale.

[141] La Cour suprême du Canada a statué que la décision rendue par un organisme administratif est

procedural fairness is established, the decision of an administrative agency is invalid. In *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661, Mr. Justice Le Dain wrote:

... the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing. [My emphasis.]

This approach was also adopted by Chief Justice Lamer in *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471. At page 493 of the Supreme Court's decision, the Chief Justice wrote:

Secondly, and more fundamentally, the rules of natural justice have enshrined certain guarantees regarding procedure, and it is the denial of those procedural guarantees which justifies the courts in intervening. The application of these rules should thus not depend on speculation as to what the decision on the merits would have been had the rights of the parties not been denied.

[142] The Federal Court of Appeal applied the same principles in *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395. In that decision at paragraph 13, the Court of Appeal, citing *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pages 228-229, acknowledged that: "a court may exercise its discretion not to grant a remedy for a breach of procedural fairness where the result is inevitable." As was the case in *Gale*, the result is not inevitable here.

[143] In this case, since Guideline 7 fetters the discretion of the Board member, it consequently breaches the applicant's right to procedural fairness. Following the principle of law set out by the Supreme Court of Canada in *Cardinal* and in *Université du Québec*, I therefore find the Board's decision to be

invalide si l'on démontre qu'il y a eu manquement aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Dans *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, le juge Le Dain a écrit à la page 661 :

[...] la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition. [Non souligné dans l'original.]

La même approche a été adoptée par le juge en chef Lamer, de la Cour suprême du Canada, dans *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471. Le juge en chef a écrit à la page 493 :

En second lieu, et de façon plus fondamentale, les règles de justice naturelle consacrent certaines garanties au chapitre de la procédure, et c'est la négation de ces garanties procédurales qui justifie l'intervention des tribunaux supérieurs. L'application de ces règles ne doit par conséquent pas dépendre de spéculations sur ce qu'aurait été la décision au fond n'eût été la négation des droits des intéressés.

[142] La Cour d'appel fédérale a appliqué les mêmes principes dans *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 CAF 13, où, citant *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, aux pages 228 et 229, elle a reconnu au paragraphe 13 qu'« une cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas accorder un redressement par suite d'un manquement à l'équité procédurale lorsque le résultat est inéluctable ». Comme dans *Gale*, le résultat n'est pas inéluctable en l'espèce.

[143] En entravant le pouvoir discrétionnaire des commissaires, les Directives n° 7 portent atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale en l'espèce. Suivant le principe de droit établi par la Cour suprême du Canada dans *Cardinal* et *Université du Québec*, j'arrive à la conclusion que la décision de la Section est

unlawful. Given this determination, it is unnecessary to consider the issues raised by the applicant in respect of the merits of the Board's decision rejecting his claim.

#### 10. Conclusion

[144] In conclusion, for the above reasons, I will quash the Board's decision and remit the applicant's claim back to the Board for redetermination by a differently constituted panel in accordance with these reasons.

#### 11. Certified question

[145] Counsel are requested to serve and file any submissions with respect to certification of a question of general importance, if any, no later than Thursday, January 12, 2006. Each party will have until Tuesday, January 17, 2006 to serve and file any reply to the submission of the opposite party. Following consideration of those submissions, an order will issue allowing the application for judicial review and disposing of the issue of a serious question of general importance as contemplated by paragraph 74(d) of the IRPA.

illégale. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner les questions soulevées par le demandeur quant au bien-fondé de la décision de la Section de rejeter sa demande.

#### 10. Conclusion

[144] Pour les motifs qui précèdent, j'annulerai la décision de la Section et je lui renverrai la demande du demandeur afin qu'un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs.

#### 11. Certification d'une question

[145] Les avocats sont priés de signifier et de déposer leurs observations, le cas échéant, au sujet de la certification d'une question de portée générale au plus tard le 12 janvier 2006. Chaque partie aura ensuite jusqu'au mardi 17 janvier 2006 pour signifier et déposer une réponse aux observations de la partie adverse. Après examen de ces observations et réponses, une ordonnance accueillant la demande de contrôle judiciaire et disposant de la question de l'existence d'une question grave de portée générale, tel que prévu à l'alinéa 74d) de la LIPR, sera rendue.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ABORIGINAL PEOPLES

### REGISTRATION

Application for declaratory order applicant member of Norway House Cree Nation (NHCN) since 1988; for *certiorari* quashing respondent's decision terminating applicant's membership in NHCN; in alternative, for *mandamus* compelling NHCN council to make decision respecting 1998 application for membership—Application dismissed—In 1987, applicant registered in Indian Register pursuant to *Indian Act*—Department of Indian and Northern Affairs' confirmation letter instructed applicant NHCN had, under Act, s. 10, assumed control of its membership, application for band membership should therefore be sent to Band Manager; to obtain Certificate of Indian Status, applicant had to complete application, send it to Band Manager—Applicant submitted required application to obtain Certificate, but NHCN never carried out process set out in Membership Code and Rules of Norway House Indian Band (Membership Code) adopted by NHCN in June 1987, approved by responsible Minister as required by Act, s. 10(7)—Applicant arguing claim to membership established by acquiescence as in some ways treated as Band member by NHCN—Regardless of treatment by band, person not member until, unless membership rules complied with—No evidence herein applicant added to Band List in accordance with NHCN membership rules—Although applicant received certain rights normally accorded only to NHCN members, any benefits received by applicant granted to him without authority or on basis of error by Band—Errors cannot be used to justify membership status without adherence to proper procedure set out in Membership Code—Therefore, applicant not member of NHCN in 1988 or at any time following—Applicant's 1998 application for membership duly considered by Membership Committee, recommendation made to Chief and Council—Chief and Council deciding not to act on recommendation "pending further information on charges against applicant"—Letter formally advising applicant thereof, requesting written report, sent 19 months after meeting—Applicant did not comply with request for information—Chief and Council had inherent authority to request further information—One of requirements for extraordinary remedy of

## ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

*mandamus* is that person seeking it must have satisfied all conditions precedent giving rise to duty—Applicant herein refused to provide requested written report—Absent compliance with request, applicant not having clear right to performance of duty of respondent to either allow or deny application—Once requested information provided to respondent, if latter continues to "stonewall" applicant's application, *mandamus* may be appropriate—For now, application for *mandamus* premature—*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. 1-5, s. 10 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4).

SANDBERG V. NORWAY HOUSE CREE NATION BAND COUNCIL (T-1365-01, 2005 FC 656, Snider J., order dated 10/5/05, 12 pp.)

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

Judicial review of Minister of Transport's decisions to revoke applicants' transportation security clearances (TSC), following Airport Restricted Area Access Clearance Review Board's recommendation—Only issue procedural fairness—Recommendation, decision based on applicants' association with known criminal—Applicants assumed Board's recommendation based on their offer to act as sureties in high profile criminal case, subsequently informed Board had instructed accused's lawyer to remove them as sureties—Report before Board contained other facts: Mrs. Kosta, one of applicants, accused's girlfriend for number of years, had lived with accused until shortly before applied for TSC, was present at number of accused's court appearances, testified on his behalf; in opinion of detective present during hearing, Mrs. Kosta would place boyfriend's interests ahead of those of police or employer—With respect to other applicant, Mrs. DiMartino, report mentioning close friendship with Kosta for seven years; with her husband, would visit Mrs. Kosta and boyfriend on regular basis; knew of boyfriend's criminal record; Mrs. DiMartino, husband willing to put up equity on their house toward bail—Report mentioning Crown attorney certain applicants not removed as sureties, thus challenging

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

applicants' credibility—Applicants arguing not given sufficient information to allow meaningful opportunity to have position considered by Board—Extent of duty of procedural fairness owed applicants herein to be determined by applying factors established in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817: (i) nature of decision, process; (ii) statutory scheme; (iii) importance of decision on applicants' rights, privileges; (iv) legitimate expectation of applicants; (v) choice of procedure made by decision maker—(i) As decision to revoke TSC involving three levels (CSIS, Director of Preventive Security or Director General, Security and Emergency Preparedness must believe reasons to doubt suitability of TSC holder, then Board must examine information, make recommendation to Minister, finally, Minister must decide), factor points toward more than minimal duty, but not to high level of procedural safeguard—(ii) statutory scheme not providing for appeal, but decision subject to judicial review, indicating greater procedural fairness required—(iii) importance of decision quite significant as applicants' jobs at stake: *Motta v. Canada (Attorney General)* (2000), 180 F.T.R. 292 (F.C.T.D.); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 distinguished—(iv) No evidence applicants could legitimately expect certain procedure would be followed before TSC revoked—(v) Act silent as to process to be followed, leaving total discretion to Minister to choose own procedure—All documents, including analyst's report disclosed to applicants after final decision issued except for names of certain individuals; no reason given as to why detailed list of facts, opinions in intelligence report could not be given before applicants submitted views to Board—Duty of fairness not requiring full or formal hearing, but requiring applicants be afforded meaningful opportunity to present their views before final decision made—To do so, must know case they have to meet—Herein, meaningful opportunity not afforded to applicants—Although applicants may have little chance of success when matters reconsidered, Court could not conclude revocation was inevitable outcome—Minister herein breached duty of fairness; revocations set aside.

DIMARTINO V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT)  
(T-814-03, 2005 FC 635, Gauthier J., order dated 17/5/05,  
18 pp.)

**ARMED FORCES**

Plaintiff member of Canadian Forces reserve for 13 years when, injured in shoulder, suffering from post-traumatic stress syndrome (PTSS), requested, obtained release from Armed Forces—Even though receiving full disability pension for injuries and illness, applicant filing grievance, prior to release, in unsuccessful attempt to obtain additional monetary compensation, now relying on *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24 to claim monetary relief—Crown contending Chief of Staff's decision on grievance has effect of

**ARMED FORCES—Continued**

*res judicata*; alternatively arguing cause of action statute barred—Plaintiff declared unfit to participate in missions abroad owing to shoulder injury in 1996—Declared nevertheless fit to participate as photographer on peacekeeping mission in Haiti in 1997—There, plaintiff assigned to operation to retrieve bodies from foundered boat, thus aggravating shoulder injury, setting off PTSS—PTSS not properly treated upon plaintiff's return to Canada in October 1997—Considering himself victim of harassment in order to drive him from Armed Forces, to deprive him of medical care entitled to, plaintiff obtaining release on January 23, 1998—Plaintiff submitting defendant breached right to security of person, contrary to principles of fundamental justice (Charter, s. 7)—Prior to release, plaintiff filing grievance under *National Defence Act*, s. 29—Grievance based on same facts as those relied on in action—Chief of Staff deciding grievance, granting some remedies requested by plaintiff but denying request for monetary compensation on basis no statutory, regulatory authority to do so—Adding benefits represent final compensation and, according to *Crown Liability and Proceedings Act*, s. 9 and *Pensions Act*, s. 111 not possible both to receive pension, sue Canadian Forces after being injured—Action dismissed for abuse of process—Regarding issue of *res judicata*, no doubt Chief of Staff had requisite jurisdiction to determine, in context of claim for redress or grievance, officer's right to receive monetary compensation, including compensation in form of relief under Charter, s. 24—Neither plaintiff's grievance nor Chief of Staff's decision mentioning Charter—Application of *Dumont v. Canada*, [2004] 3 F.C.R. 338—Decision on grievance not having effect of *res judicata* or issue estoppel in regard to fundamental rights and questions in application of Charter to circumstances of action—Issue estoppel applying factual, mixed fact and law, determinations reached by Chief of Staff, improbability of determination favourable to plaintiff not in itself justifying dismissal of action—Apart from characterization of Crown's impugned acts as breach of Charter, s. 7 right, reference to Charter, s. 24(1) as legal basis for derogation from *Crown Liability Act*, s. 9, fundamental right giving rise to present litigation exactly same as that submitted to, determined by Chief of Staff—Harm to be remedied, nature of relief requested, facts and circumstances resulting in harm, strictly same—In absence of exceptional circumstances justifying it, allowing plaintiff to proceed in Court on cause of action that should have been presented in context of preceding grievance tantamount to allowing party to engage in "serial pleading" or to split case, very essence of abuse of process—*Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146, involving labour relations, applicable here—Exhaustiveness of regulation of military life going hand-in-hand with exhaustiveness of dispute resolution process—Effectiveness of overall dispute resolution process under *National Defence Act* impugned if courts defer

**ARMED FORCES—Concluded**

only in strictly labour relations matters—Curial deference applying with equal force, therefore, to proceedings pertaining to grievance procedure provided by *National Defence Act*—Allowing action to proceed infringing principles of finality of judgments, undermining integrity, efficiency of comprehensive and complete dispute resolution procedure provided by *National Defence Act*—Furthermore, given findings of fact of Chief of Staff, number of allegations in statement of claim could not be maintained, allowing serious doubts to persist about chances of success of action—In circumstances, no justification for adverse effect of allowing action on administration of justice—*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24—*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. 5, s. 29 (as am. by R.S.C., 1985) (1st Supp.), c. 31, s. 43; S.C. 1998, c. 35, s. 7—*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 9 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 39(F))—*Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 111 (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 42)—*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

BERNATH V. CANADA (T-1683-02, 2005 FC 1232, Tabib P., order dated 9/9/05, 32 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Judicial review of decision of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board (IAD) having jurisdiction to review respondent's stay of execution of removal order—In same application, Court [(2004) 42 Imm. L.R. (3d) 52] earlier referring matter back to IAD to determine whether respondent breached conditions of stay granted under former *Immigration Act* and retaining jurisdiction to determine whether IAD having jurisdiction to review stay—Respondent, English, permanent resident of Canada—Convicted of drug-related offences at different intervals, sentenced to imprisonment—Respondent subject of inadmissibility reports and deportation order issued—Filing equitable consideration appeal with IAD on ground married, having daughter, step-daughter—IAD granting stay subject to terms, conditions, including respondent refrain from illegal use, sale of drugs—IAD subsequently reviewing, maintaining stay of respondent's deportation order on same terms—Respondent later pleading guilty to two charges, receiving minimal sentence, therefore breaching conditions—At next review hearing, Minister challenging IAD's jurisdiction to review stay after coming into force of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), claiming respondent not having right to appeal to IAD given

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

inadmissibility—IRPA, s. 197 main statutory transitional provision applicable to case—S. 197 referring to IRPA, ss. 64, 68(4) whose purposes either to block or statutorily terminate appeal to IAD if certain conditions met—S. 197 examined in context of ss. 190, 192, 196—S. 192 exception to immediate operation of IRPA commanded by s. 190 to every matter pending under former Act immediately before IRPA coming into force—S. 196 exception to s. 192 since discontinuing appeal to IAD made under former Act if stay not granted under former Act and appeal precluded from being made under IRPA, s. 64—S. 197 further exception to s. 192, operating only when stay granted under former Act, condition of stay breached, as in present case—Ss. 64, 68(4) referred to in s. 197 not mutually exclusive, meant to operate together—Unlike s. 196, s. 197 not providing that if appeal precluded because of s. 64 (serious criminality), appeal launched under former Act discontinued—If previously granting stay under former Act, IAD retaining jurisdiction to review adherence to conditions of stay and ability to cancel stay, direct execution of removal order if applicable—S. 196 operating only when stay not granted only referring to s. 64 and discontinuing appeal launched under former Act if s. 64 would have barred appeal—If stay granted, s. 197 making appellant subject to s. 68(4), which removes IAD's discretion in exercise of equitable jurisdiction—Where stay granted but appellant committing subsequent serious offence, s. 197 making appellant subject to s. 68(4), cancelling stay and terminating appeal—Furthermore, appellant bound by operation of both ss. 64, 68(4) given ordinary usage of conjunction “and” found in s. 197—Reference to ss. 64 and 68(4) in s. 197 having specific purpose—Reference to s. 64 to ensure higher threshold for serious criminality of punishment by sentence of at least two years' imprisonment met—Reference to s. 68(4) to recognize IAD having decided, under former Act, stay warranted where person found inadmissible on grounds of criminality but that person determined not to be removed from Canada for reasons of equity, compassion—Respondent's two convictions constituting breach of condition not meeting threshold of punishment by minimum six-month sentence under s. 68(4)—Application dismissed—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 64, 68(4), 196, 197—*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. HYDE (IMM-6961-03, 2005 FC 950, Lemieux J., order dated 7/7/05, 25 pp.)

Applicant, citizen of El Salvador, entered Canada in 1992 as permanent resident—Since then, convicted of series of criminal offences—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision applicant inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(a) (applicant member of Peruvian

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

criminal organization operating in Canada), and ordering deportation—Issue whether applicant’s right to fair hearing violated by non-disclosure of information, documents requested before, during hearing—Application dismissed—Admissibility hearing under Act, s. 44 determined on basis of reasonable ground pursuant to Act, s. 33—“Reasonable grounds to believe” recently defined in *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 301 (F.C.)—Requirements of procedural fairness varying with circumstances—Under Act, s. 86(1), Minister may make application for non-disclosure of information; determination made in accordance with Act, s. 78—Application allowed if information injurious to national security or to safety of any person—*Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 171 (F.C.A.) applied—In letter dated September 18, 2003, applicant requested information regarding offences convicted of; personal information about accomplices; information on police investigation—Applicant provided with all relevant information about offences—Some documents concerning accomplices not provided for confidentiality reasons: *Privacy Act*, s. 7—Information on police investigation not provided because of ongoing investigation, but applicant provided with summary of investigation of activities in relation to Peruvian organization—Applicant aware of case against him—Information requested while expert witness on stand rightfully denied in order not to jeopardize investigation: *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469—No reviewable error made—Defendant had necessary information to defend himself—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 44, 37(1)(a), 78 (as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34(E)), 86(1)—*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 7.

AQUILLAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-10274-03, 2005 FC 152, Beaudry J., order dated 7/2/05, 20 pp.)

Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant’s appeal from December 2001 deportation order—Applicant, citizen of Sri Lanka, person described in *Immigration Act*, s. 27(1)(d) as convicted of indictable offence under *Criminal Code*, s. 35(1)—During appeal before IAD, Minister of Citizenship and Immigration (Minister) brought motion asking IAD to consider membership in gang as new ground of inadmissibility under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(a)—IAD dismissed Minister’s motion, but considered gang membership in relation to seriousness of offences, issues of rehabilitation, public safety—IAD did not assess hardship applicant might face if deported to Sri Lanka—IAD’s decision based on factors listed in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.D.D. No. 4 (I.A.B.) (QL)—Issues whether decision patently unreasonable because: IAD failed to

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

consider hardship faced by applicant in Sri Lanka; IAD had no proper evidentiary basis to support conclusion of gang membership; IAD failed to give proper consideration to applicant’s evidence about rehabilitation—Standard of review patent unreasonableness—Application dismissed—IAD’s finding applicant gang member not finding of inadmissibility under IRPA, s. 37—Even though applicant having only Sri Lankan citizenship, cannot be said deportation to Sri Lanka likely when remains protected by IRPA, s. 115(1) (non-refoulement principle), and when Minister has not designated deportation destination—IAD’s finding applicant member of gang not patently unreasonable—Applicant’s evidence about rehabilitation properly considered—Question certified: whether deportation order, with respect to permanent resident declared to be Convention refugee, specifying as sole country of citizenship country fled as refugee, sufficient without more to establish such country as likely country of removal so that *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84 applicable, and IAD required to consider hardship to applicant in that country on appeal from deportation order—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16(F))—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 37, 115(1)—*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 35(1).

BALATHAVARAJAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3634-04, 2005 FC 1212, Simpson J., order dated 7/9/05, 9 pp.)

Judicial review of decision of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board applicant person described in *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 36(1)(c) and therefore subject to deportation order—Applicant, Vietnamese, coming to Canada on visitor’s visa—Shortly after arrival, applicant learning wanted by Vietnamese authorities on allegations of fraud—Applicant later marrying in Canada and wife applying to sponsor applicant—Report prepared under former *Immigration Act* stating applicant inadmissible to Canada as member of class of persons reasonably believed to have committed offence outside Canada which in Canada constitutes offence punishable by imprisonment of 10 years or more—Based on information applicant wanted in Vietnam for fraud—In Vietnam, applicant had borrowed from state bank and forwarded funds to other companies so that other companies had access to funds exceeding legal limit imposed on company financing—IRPA coming into force while investigation conducted in Canada and initial claim in report modified to refer to new provision in Act—Appeal Division concluding allegations contained in Interpol report, Vietnamese arrest warrant showing reasonable grounds to believe applicant committing crimes—Concluding sufficient evidence justifying conclusion applicant falling within ambit of IRPA, s. 36(1)(c)—Appeal Division erring in not considering whether same actions committed in Canada would

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

constitute fraud within meaning of *Criminal Code*—Applicable threshold in s. 36(1), dealing with inadmissibility to Canada of foreign national, is seriousness of crime according to Canadian standard—Equivalency may be determined by: (1) comparing precise wording in each statute to determine essential elements of respective offences; (2) examining evidence to ascertain whether evidence sufficient to establish that essential elements of offence in Canada proven in foreign proceedings; (3) combination of two ways—Appeal Division only briefly mentioning acts allegedly committed constituting fraud under *Criminal Code*—Not analysing essential elements of offences as required—Equivalency of offence, not equivalency of law must be examined—Even if applicant's acts leading to offence of fraud under Vietnamese law, not necessarily leading to conclusion same acts committed in Canada would constitute offence under *Criminal Code*—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-1—Failure to properly conduct equivalency assessment in cases under IRPA, s. 36(1)(c) fatal—Application allowed—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36—*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. 46.

NGO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8333-04, 2005 FC 609, Blanchard J., order dated 3/5/05, 10 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Judicial review of Immigration Appeal Division's (IAD) dismissal of appeal against removal order—Applicant, Sudanese, obtaining immigrant visa, record of landing document as permanent resident in Canada—Entry facilitated by acceptance of status as Convention refugee recognized by United Nations High Commissioner for Refugees obtained while studying in Cuba—Applicant convicted of sexual assault, sentenced, incarcerated—Applicant losing permanent resident status after losing appeal before IAD—Minister's delegate issuing opinion applicant "danger to public in Canada" under s. 115(2)(a) of *Immigration and Refugee Protection Act*—In danger opinion, Minister's delegate weighing danger factors of applicant remaining in Canada against fears of returning to Sudan—Error in law in that Minister's delegate nowhere concluding applicant danger to public in Canada—Deciding "on balance" applicant's ongoing presence in Canada greater danger to public in Canada than risk potentially facing upon return to Sudan—S. 115(2) requiring discrete finding applicant danger to Canadian public to be made before finding non-refoulement rights applicant may have not applying—Wrong for Minister's delegate to embark on balancing of danger factors against risk factors—Application allowed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 115(2)(a).

AKUECH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8756-03, 2005 FC 337, Lutfy C.J., order dated 9/3/05, 5 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

## IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board's dismissal of applicant's motion to reopen refugee claim—Claim previously declared abandoned in decision written on form letter reading "Your Application is Dismissed"—Member actually deciding case earlier and reasons reading "no breach of natural justice"—Applicant asking for reasons after receiving decision—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 169 providing reasons mandatory for final decisions—Whether decision not to reopen refugee claim declared abandoned is final or interlocutory—Decision not to reopen meaning determination of refugee claimant's substantive rights will never be made and proceedings at end—Negative decision on motion to reopen final and reasons required by IRPA, s. 169(b)—On motion to reopen refugee claim, Board required, under *Refugee Protection Division Rules*, r. 55(4), to consider whether in refugee claim, decided or abandoned, there was failure to observe principle of natural justice—Although diligence in pursuing refugee claim relevant at abandonment hearing, irrelevant after refusal of leave to commence application for judicial review of abandonment decision—Motion to reopen cannot be used to argue issues arising during abandonment proceedings properly subject of application for leave—Sole issue on motion to reopen whether applicant received procedural fairness—Applicant's motion listing ten grounds dealing with diligence, one ground purportedly dealing with natural justice but in fact reframing diligence issue—Adequacy and formality of reasons depending on circumstances of each case—Since practice to use form letter to convey decision, reasonable to require letter to contain decision and reasons in denials of motions to reopen—Reasons should demonstrate individual claimant's concerns about failures of natural justice considered—In present case, no conduct amounting to breach of natural justice alleged—Reasons provided to applicant adequate in present case—Application dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 169—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, r. 55(4).

SHAHID V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6461-03, 2004 FC 1607, Simpson J., order dated 17/11/04, 7 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's (IRB) denial of refugee claim—IRB refusing to adjourn hearing date—Applicant receiving barely three weeks' notice of date of hearing of refugee status application—Following day, applicant retaining counsel who supplied dates of availability some four months after hearing date—IRB rejecting such dates and applicant appearing on date of hearing—In denying request for adjournment, IRB giving applicant choice of abandoning claim or proceeding unrepresented—Applicant choosing to proceed unrepresented—Review standard of reasonableness applicable to IRB's decision—R. 48 of *Refugee*

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

*Protection Division Rules* providing IRB having power to exercise discretion in granting adjournments of hearing dates fixed—By IRB's practice, adjourned hearing date should be within three months of adjournment but IRB retaining discretion to grant longer period—Under r. 48(4), 11 factors to be considered in adjournment application—IRB considering fact applicant had only retained counsel day after receiving notice of hearing—Also considering factors such as Board's mandate to proceed expeditiously and simply; number of claimants having to appear before Board; Board's accountability to government; absence of previous delays on applicant's part; absence of peremptory date previously set—Fact counsel not retained before notice sent irrelevant—Irrelevant whether counsel retained months in advance of date of notice since only three weeks' notice of hearing date given—Counsel unavailable at set hearing date at time notice given—IRB not attempting to place applicant with burden of meeting new peremptory date—IRB not considering any possible injustice caused by granting or not granting adjournment under r. 48(4)(f)—Also not considering injustice caused in forcing applicant to make choice between abandoning claim or proceeding unrepresented—IRB decision so manifestly failing to properly consider factors in r. 48(4) that unreasonable—Application allowed—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, r. 48.

CLEOPARTIER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-10095-03, 2004 FC 1527, Campbell J., order dated 28/10/04, 7 pp.)

Judicial review of immigration officer's denial of request to allow applicant to amend application for permanent residence to include new spouse as accompanying family member—Request denied on ground family members must be listed at time application initially made—After granted refugee status, applicant included daughter as "accompanying family member" in application for permanent residence—Submitted application within 180-day time frame—Meeting, marrying failed refugee claimant in Canada 12 months after deadline—Shortly after, tried to amend application to include new spouse as accompanying family member—*Immigration and Refugee Protection Regulations* prescribing contents of application for permanent residence, time limitation to submit—Providing that applicant for permanent residence, all family members must be examined before being granted permanent resident status—Relevant statutory provisions not directly addressing issue of whether application may be amended to include new husband—Legislative provisions to be read in entire context—Framework setting out clear requirement application to be made within 180 days—Since not married until 12 months after deadline, application could not have included husband—Issue of whether family members included in deadline addressed indirectly in Regulations, s. 10(3) which states application considered made for principal applicant,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

accompanying family members—Family member deemed to be applicant for purposes of permanent residence application by being included on form—Therefore, added person or "applicant" must also meet 180-day time limit—Interpretation fitting with Citizenship and Immigration Canada practice set out in policy manual regarding in-land permanent resident applications made by protected persons—Policy stating that family members may be added if done within time limit—Policy also applying to amendments to application—Policy reason why amendments limited to 180 days relating to operational problems since all family members must be examined before admission—Addition of members after time limit would delay entire application process, including other prospective immigrants due to limited resources—Objective of *Immigration and Refugee Protection Act* to support attainment of immigration goals through consistent standards, prompt processing—Inability to amend application not precluding husband from becoming permanent resident—Alternative routes existing for applicant's husband, including sponsorship by applicant—Applicable legislative provisions best interpreted as having to include all family members in applicant's application for permanent residence within 180 days of refugee determination—Court certifying question whether protected person's permanent residence application may be amended to include family members after expiry of 180-day limitation period—Application dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 10(3).

MAZHANDU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3758-04, 2005 FC 663, Snider J., order dated 12/5/05, 9 pp.)

Judicial review of decision by visa officer at Canadian embassy in Morocco that applicant's application for work permit as live-in caregiver failed to meet requirements of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 112—Applicant received offer of employment as caregiver for brother, living in Gatineau (Quebec)—Employment offer confirmed by Quebec's Ministère des Relations avec les citoyens et de l'Immigration and validated by Human Resources Development Canada—Applicant received Certificat d'acceptation du Québec and entered into employment contract with employer—Visa officer determined that applicant did not meet all requirements for live-in caregiver work permit—Regulations, s. 112 provides person must establish training or experience in field or occupation related to employment sought with work permit—Officer stated working as teacher for two years not enough to establish recent experience as housekeeper and determined brother as future employer suggested that permit application made solely for purpose of facilitating entry into Canada and not convinced of return to Morocco—Application allowed—Appropriate standard of review for decision by visa officer varies according

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

to whether discretionary decision or decision by visa officer involving application of general principles under Act or Regulations to specific circumstances: *Yin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 661—Determining whether applicant's teaching experience relevant experience "in a field or occupation related to the employment for which the work permit is sought" question of mixed law and fact calling for reasonableness *simpliciter* standard—Manual OP 14, Regulations, s. 112 define live-in caregiver as "a person who provides child care, senior home support care or care of the disabled without supervision in a private household in Canada in which the person resides"—Second, 112(c) of Regulations clearly interpreted disjunctively: applicant must show relevant training or experience—Finally, main duties to consider in determining relevance of experience or training are duties described under code 6474 of National Occupational Classification—In light of job description that code 6474, and description provided by employer in application, visa officer erroneously determined that applicant did not qualify—Visa officer's decision to disregard primary-school education experience (7 years and not 2 years) unreasonable and inconsistent with provisions of manual—Applicant meets all criteria—As for officer's determination that applicant's brother employer, suggesting would not return to Morocco, finding unfounded—Pure speculation—Nothing in Act or Regulations prohibiting family ties between future employer and employee—Furthermore, caregiver program specifically provides that individuals can apply for permanent residence afterward—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 112—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

OUAFAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8197-04, 2005 FC 459, de Montigny J., order dated 7/4/05, 14 pp.)

On application for judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision declaring applicant's claim abandoned, Minister bringing motion for consent order setting aside RPD's decision, returning hearing to differently constituted panel for redetermination—Applicant opposing motion, insisting on hearing of judicial review application—Motion allowed—Applicant failed to attend refugee hearing because of medical emergency, notified lawyer, but RPD not notified prior to start of hearing—RPD indicating applicant's claim would be sent into abandonment stream—Lawyer unable to attend abandonment hearing due to family emergency; after short hearing, applicant's claim declared abandoned—In context of public law applications, parties required to provide cogent reasons, other than consent, for setting aside tribunal decision—Minister conceding number of errors in RPD's decision—Although RPD's conduct not such as to constitute malice, bad faith or bias, falling well short of standard required of body entrusted with responsibility for making quasi-judicial

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

decisions that may profoundly affect lives of individuals—Minister therefore appropriately consenting to decision being set aside—As to whether appropriate case to direct particular outcome from RPD, *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 73 (T.D.) applied—In view of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 168(1), *Refugee Protection Division Rules*, r. 58(3), no objective test against which applicant's evidence to be measured—During abandonment hearing, RPD required to consider various factors, including evidence, explanations, then reach decision as to whether, in its opinion, applicant in default—Assessment of evidence, information, exercise of some discretion required—Therefore, determination best left to RPD—Not appropriate case to direct particular outcome; no direction will be issued—No special reasons for Court to award costs herein (*Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, r. 22)—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 168(1)—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, r. 58(3)—*Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, rr. 1 (as am. by SOR/2002-232, s. 1), 22 (as am. *idem*, s. 11).

JOHNSON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8446-04, 2005 FC 1262, Dawson J., order dated 14/9/05, 11 pp.)

**STATUS IN CANADA***Citizens*

Judicial review of Citizenship Officer's decision rejecting applications for proof of Canadian citizenship—Applications rejected on grounds applicants' grandfather born in Mexico, out of wedlock, therefore not acquiring Canadian citizenship under former legislation to pass on to descendants—Applicants' paternal great-grandparents born in Canada but moved to Mexico in early 1920s—Married in religious ceremony in Mexico in 1924 and in civil ceremony in 1937—Son born in 1933—Mexican law only recognizing civil marriages—Applicants' grandfather, father eventually obtained certificate of Canadian citizenship under legislation in effect then—In considering applications for proof of citizenship at issue, officer concluding applicants' grandfather not having Canadian citizenship under former legislation because born out of wedlock—Relying on *Citizenship Act*, s. 3(1)(b) to deny applications because applicants born outside of Canada, neither parent Canadian citizen—Formal validity of marriage governed by law of country where marriage contract entered into—Citizenship officer not erring in finding great-grandparents not legally married in Mexico until 1937—Applicants' grandfather born when Naturalization Act in force—Act indicating which individuals were British subjects since Canadian citizenship not existing then—*Naturalization Act, 1914* not providing for child to acquire status of British subject through mother, regardless of whether child born in,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

out of wedlock—Under former legislation grandfather could only have acquired status of British subject through father, if born in wedlock—Therefore, grandfather, Mexican citizen at birth, not British subject—Canadian citizenship created by 1947 Citizenship Act—Legislation providing that individuals in grandfather's circumstances entitled to Canadian citizenship provided had not become alien—Under 1947 Act, not necessary to have been born in Canada to be entitled to Canadian citizenship but essential individual having close connection to country—Requirement individual not have "become an alien" interpreted as meaning "was not an alien"—Grandfather was alien, therefore not entitled to derive Canadian citizenship through Canadian-born mother—Applicants challenging constitutional validity of provisions in current *Citizenship Act* on grounds continuing discriminatory effects of former citizenship legislation wherein individuals born out of wedlock receiving different treatment—Alleging denied equal benefit of law in violation of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15, Bill of Rights—Given Charter coming into effect in 1985, issue involving threshold analysis i.e. whether Charter to be applied retrospectively, retroactively—Applicants trying to rely on infringement of other person's rights for own benefit—Applicants' grandfather primary target of discrimination, deemed less worthy of Canadian citizenship because born out of wedlock, not applicants themselves—Applicants must find foundation for claims to citizenship in laws in effect when applications for proof of citizenship rejected (2004)—*Citizenship Act*, s. 3(1)(b) not drawing any distinction based upon marital status of applicants' parents—Applicants seeking to give Charter retroactive effect i.e. trying to change historical consequences of repealed legislation so as to confer *ex post facto* Canadian citizenship on grandfather—Descendants of past victims of discrimination not entitled to relief under Charter, s. 15—Discrimination in issue originating in adverse differential treatment *Naturalization Act, 1914* affording to persons born out of wedlock—*Naturalization Act, 1914* repealed long before Bill of Rights enacted in 1960—Strong presumption against retroactive operation of legislation—Bill of Rights not rebutting presumption—Moreover, unlike Charter, s. 15, Bill of Rights not guaranteeing individuals equal benefit of law sought by applicants—Merely guaranteeing equality in administration of law—Applicants not entitled to any relief under Charter, Bill of Rights—Application dismissed—*Naturalization Act, 1914*, R.S.C. 1927, c. 138—*Canadian Citizenship Act (The)*, S.C. 1946, c. 15—*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 3(1)(b)—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] s. 15—*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.

VELETA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-543-04, 2005 FC 572, Mactavish J., order dated 27/4/05, 24 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued***Convention Refugees*

Applicants citizens of Hungary—Applicants' refugee claims rejected—Judicial review of Pre-Removal Risk Assessment (PRRA) officer's decision rejecting applicants' (applicant, wife, son) claim would be at risk from organized crime in Hungary since applicant refused to cooperate as mechanic in automobile theft ring, finding evidence insufficient to establish effective state protection would not be available to applicants if returned to Hungary—Police declined to assist applicant when asked for protection—Applicants moved to another district to avoid criminals, but family located by criminals, spying, threats beginning anew—No further attempts to secure police assistance in Hungary—Immigration and Refugee Board (IRB) rejected refugee claim on basis applicant not credible, adequate state protection would be available to family in Hungary—Although PRRA officer in effect accepted applicant threatened by organized criminals, still found adequate state protection available in Hungary—Application dismissed—Unnecessary to resolve standard of review issue as decision capable of withstanding scrutiny under more exacting standard of reasonableness—Not reasonable, nor consistent with scheme of *Immigration and Refugee Protection Act* as whole, to require PRRA officer to start over, from beginning, with entirely new risk assessment—PRRA officer limited to considering whether new evidence demonstrating significant enough change to country's conditions that IRB's state protection analysis no longer valid—Federal Court had declined to grant leave to judicially review IRB's decision adequate state protection available—IRB's state protection decision therefore unassailable—PRRA officer carefully considered applicant's new evidence but confirmed IRB's conclusion on state protection—Conclusion reasonably open to PRRA on basis of evidence presented—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

HAUSLEITNER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5049-04, 2005 FC 641, Mactavish J., order dated 6/5/05, 12 pp.)

Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision determining respondent Convention refugee within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 96—Respondent, born in Colombo, Sri Lanka in 1984, moved to Germany with parents in 1985—Remained in Germany until summer 1999, then returned to Colombo with mother—After one month there, both returned to Germany, then, in October 1999, left for United States—In November 1999, mother and respondent came to Canada, made Convention refugee claim—Both had suffered abuse at hands of respondent's father—Respondent, mother without legal status in Germany as have left that country for more than six months without having applied for returning resident's permit—Immigration Refugee Board (IRB) heard Convention refugee claim in October 2000, January 2002, April 2002, rendered decision in

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

August 2002—IRB found applicants not excluded by *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1E as relevant date for determining exclusion issue date of IRB's decision, then dismissed Convention refugee claim on basis mother had not established well-founded fear of persecution if returned to Sri Lanka—On application for judicial review of IRB's decision, exclusion issue not raised—Federal Court (*Manoharan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), 2003 FC 871 allowed respondent's application only on basis IRB had failed to make separate determination about risk to respondent—When matter referred back to RPD, latter refused to consider exclusion issue, allowed respondent's Convention refugee claim—Applicant mainly pursuing exclusion issue, relevant date for determination thereof; if respondent not excluded, RPD's determination respondent Convention refugee not seriously at issue—Application dismissed—Issue whether issue estoppel applying herein—Underlying purpose thereof to balance public interest in finality of litigation with public interest in ensuring justice done in particular case; if preconditions met, court must still determine whether, as matter of discretion, issue estoppel ought to be applied: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460—Preconditions met herein—Although RPD entitled to refuse to reconsider exclusion issue on basis of issue estoppel, erred in principle in simply refusing to consider issue of exclusion without examining preconditions to operation of issue estoppel, without determining whether discretion should nonetheless be exercised to hear issue—However, not in public interest to set aside decision under review, send matter back once again to RPD—Whether or not Court estopped from considering exclusion issue by reason of failure of Minister to raise issue on first opportunity, now appropriate that issue be addressed—While Convention, Art. 1E should be read in manner precluding “jurisdiction shopping” (see *Mahdi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 191 N.R. 170 (F.C.A.) where relevant date for determination of exclusion under Convention, Art. 1E date of application for admission to Canada), should be read in “more purposive light so as to provide safe haven to those who genuinely need it”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choovak*, 2002 FCT 573—Such reading consistent with objective of Act, stated in s. 3(2) that refugee program about saving lives, offering protection to displaced, persecuted—On facts herein, exclusion decision in favour of respondent, mother correct; *Mahdi* distinguishable on facts, by reason of newly stated statutory objective—As to RPD's Convention refugee determination, against standard of review of patent unreasonableness, no reviewable error—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2), 96—*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. MANOHARAN (IMM-5617-04, 2005 FC 1122, Gibson J., order dated 22/8/05, 14 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

*Permanent Residents*

Judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appeal from visa officer's decision denying applicant's wife's application for permanent residence—Application allowed—Applicant, citizen of Pakistan, now permanent resident of Canada, not married when filed application for permanent residence in Islamabad—Married while application being processed, before coming to Canada—At port of entry in 2002, when asked if had any non-accompanying dependants, answered in negative—After landing in Canada, applicant sponsored wife's application for permanent residence based on family membership—Wife's application refused by visa officer—IAD dismissed appeal on basis application for permanent residence ongoing process, applicant should have immediately informed visa officer of change of circumstance; applicant should have immediately informed visa officer of marriage at port of entry, upon landing—IAD concluded, based on *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRP Regulations), s. 117(9)(d), applicant's actions prohibited him from sponsoring wife in future—Issue proper meaning of “at the time of that application” in IRP Regulations, s. 117(9)(d)—Whether referring to time application submitted (as in *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 992) or whether encompassing time from filing of application, throughout processing, until landing complete (as in *Dave v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 510; *Benjelloun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 FC 844; *Tallon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1039)—Federal Court case law divided on issue—*dela Fuente* interpretation preferred—“At the time of that application” referring to preceding phrase “the sponsor. . . made an application for permanent residence”—“Made an application” directed at action of sponsor in submitting application, not at actions of government officials processing it—Difference between “application”, “processing of the application” confirmed by IRP Regulations, s. 117(8)—IRP Regulations, s. 117(9)(d) not intended to address concern sponsors would make misrepresentations at time of landing; power to discipline for misrepresentations contained elsewhere in statute (*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 40)—As to IAD's conclusion applicant failed to meet obligation to disclose marriage at port of entry (when asked if had any “non-accompanying dependants”), important to note no definition of “dependants” in Act or Regulations—To ask question while assuming spouse dependant inconsistent with modern terminology, inviting confusion, may officially induce error in any response—Plain grammatical sense of “at the time of that application” meaning time at which application filed by applicant—Interpretation according with purposes of legislation, in keeping with context

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

in which provision, words appear—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(8), (9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41)—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 40.

TAUSEEF V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3635-04, 2005 FC 1209, Phelan J., order dated 14/9/05, 9 pp.)

**Humanitarian and Compassionate Considerations**

Judicial review under Immigration and Refugee Protection Act, s. 72(1) of immigration officer's decision insufficient humanitarian and compassionate (H&C) grounds to warrant exempting applicant from requirements of Act, s. 11(1)—Application based on close ties with family applicant working for and living with in Canada (father, children aged 13, 23), especially mother-daughter relationship with youngest, Nadja; being removed from Canada would cause severe emotional distress for both applicant, Nadja—Immigration officer determined applicant had not demonstrated would face unusual, undeserved or disproportionate hardship if required to leave Canada and obtain permanent resident visa from outside Canada in normal manner—Officer acknowledged mother-figure role in Nadja and brother's lives, some connection to community here—In officer's view, however, even though would be difficult to replace applicant, services commercially available for looking after children and home—Officer considered best interests of children involved, noting would still have support from closest living relative, their father—Application allowed—Immigration officers' decisions subject to standard of reasonableness *simpliciter*: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, as explained in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247—Officer not properly considering best interests of child—Duty to examine Nadja's best interests engaged herein—Although *Baker* not directly assisting applicant in view of narrow holding therein, Act since amended (s. 25(1)) so as to include explicit legislative direction that H&C decision-makers must take into account best interests of directly-affected children, wording broader than best interests of parents' own child—On facts, Nadja "child directly affected", therefore her best interests must be properly assessed—Officer's decision not reasonable—Referring to children without identifying separate interests, needs or relationship to applicant; no analysis of Nadja's young age and her view of applicant's role in home; no mention of father's extensive travelling, that applicant Nadja's primary caregiver; no recognition degree of hardship to be suffered by Nadja will far exceed that of brother—On facts, officer not "alert, alive and sensitive" to Nadja's interests, since nature of interests, likely degree of hardship she would

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

suffer not defined—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 11(1), 25(1), 72(1).

MOMCILOVIC V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5601-03, 2005 FC 79, O'Keefe J., order dated 20/1/05, 18 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****CHARTER OF RIGHTS***Fundamental Freedoms*

Judicial review of Minister's decision denying CBC application (invoking freedom of press, principle courts open to public) for access to hearings of Board of Inquiry (Board) investigating fires aboard HMCS *Chicoutimi*, death of Lieut. Saunders, personal injury to other crew members on October 5, 2004—Application dismissed—Board's inquiry to be conducted in accordance with *National Defence Act*, s. 45(1), *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, Board's Terms of Reference—Board called upon to make all relevant findings concerning fires, death, injuries aboard HMCS *Chicoutimi*—Queen's Regulations, s. 21.47 requiring Minutes of board of inquiry to contain findings as to whether anyone to blame for injury or death—Terms of Reference, para. 12 providing Board president shall ensure proceedings conducted in such manner as to strike appropriate balance between interest of public being informed of progress, and public's interest in ensuring security, privacy, operational, international relations requirements, achieved (such direction to ensure as much information as appropriate, reasonable publicly available, disclosed); also providing Board president may permit attendance of persons with direct, substantial interest in Board concerning death, injury—Board denied CBC's application to attend on basis Board convened as internal administrative investigation; inquiry not judicial or quasi-judicial proceeding, nor public inquiry under federal *Inquiries Act*; mandate to be exercised within very short time, but public access would cause delays as had to be mindful release of information could compromise privacy, security, operational, international relations; already complying with Terms of Reference, para. 12 by posting information on DND website, granting interviews with media, distributing printed material; also invited Saunders family representative, with direct, substantive interest, to attend—Act, Regulations, Terms of Reference subject to modern standards of statutory interpretation: *Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 3 S.C.R. 285 (statutory provision to be read in entire context, taking into consideration not only ordinary, grammatical sense of words, but also scheme, object of statute, intention of legislature; approach to be followed, with necessary adaptations, in interpreting regulations)—On issue of whether quasi-judicial functions involved, applicable standard that of correctness—On issue of whether Board president properly exercised

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

discretion, applicable standard that of reasonableness *simpliciter*—Applying *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, Board herein not carrying out judicial or quasi-judicial functions—Inquiry, in essence, private investigation—Board not conducting hearings in judicial sense; not adjudicating upon rights, obligations of individuals—Process not adversarial—Requirement herein to make findings as to responsibility, blame not adjudicative—*Travers v. Canada (Chief of Defence Staff)*, [1993] 3 F.C. 528 (T.D.), *affd sub nom. Travers v. Canada (Board of Inquiry on the Activities of the Canadian Airborne Regiment Battle Group in Somalia)* (1994), 24 C.R.R. (2d) 186 (F.C.A.) (dismissing application for direction Board of Inquiry conduct proceedings in public) applied—For purposes of present application, CBC equated with public at large—Board president could have given press access, subject to exclusion depending on topic being discussed—All in all, Board president exercised discretion in reasonable manner—Finally, not unreasonable for Board president to refuse to listen to CBC's oral arguments—*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 45(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, Sch. 1, s. 24)—*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, c. 21, art. 21.47—*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.

GORDON V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE)  
(T-1976-04, 2005 FC 335, Harrington J., order dated 8/3/05, 18 pp.)

**FUNDAMENTAL PRINCIPLES**

Taxation—Motion for determination of two questions of law: whether *Broadcasting Licence Fee Regulations*, Part II *ultra vires Broadcasting Act*, if fees imposed thereunder considered to be tax; whether *Broadcasting Act* constituting ineffective delegation of Parliament's taxation authority if fees imposed thereunder considered to be tax—Both questions answered in affirmative—Plaintiffs contest validity of charges levied under Regulations on basis not "fees" at all as bearing no necessary relationship to cost or value of what licensee obtains from privilege of having licence; in reality charges "tax"—Crown arguing charges "fees", not "taxes", but even if "taxes", authorized by Act, s. 11, therefore not improper delegation of Parliament's taxing power—However, both questions assume charges "tax"—Real difference between "tax", "fee"—Levy considered tax where: (1) enforceable in law; (2) imposed under authority of legislature; (3) levied by public body; (4) intended for public purpose: *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565—Fee requiring nexus between quantum charged, cost of service provided: *Eurig Estate (Re)*—Ordinary, grammatical reading of statutory, regulatory sections in question herein disclosing power to charge "fees", not "taxes"—Tax levy to raise revenue for general purpose, while fee levy to charge for services directly rendered; third category of levy, regulatory charge, levy to finance or constitute regulatory scheme, or ancillary or adhesive to

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

regulatory scheme: *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134—For first question, if fees under Regulations, Part II considered "tax", then Part II "fees", as taxes, *ultra vires* of *Broadcasting Act*, s. 11—Act expressly providing for charging of fees, not taxes—Therefore not strictly necessary to answer second question as, if delegated power not including power to tax, requirements for valid delegation of taxing power not relevant—Case law (*Eurig Estate; Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470) making it clear any delegation of taxing power by elected legislature must be clear, specific, explicit—Even assuming regulatory provision herein *intra vires* statute, above criteria not met—*Broadcasting Licence Fee Regulations, 1997*, SOR/97-144, Part II—*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, s. 11.

CANADIAN ASSN. OF BROADCASTERS V. CANADA  
(T-2277-03, T-276-04, 2005 FC 1217, Hugessen J., order dated 9/9/05, 8 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS TARIFF**

Judicial review of M.N.R.'s decision denying applicant's request for relief from payment of customs duties, taxes (claim for refund, by way of drawback) with respect to textile cuttings resulting from production in Canada of dresses made from imported fabrics—Whether M.N.R. correct in determining leftover textile cuttings could not qualify as "obsolete or surplus goods" within meaning of *Customs Tariff*, ss. 109, 110—Application dismissed—Application of well-recognized principles of statutory interpretation: words-in-total-context approach, avoiding absurd consequences—Applying pragmatic, functional approach outlined in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, as issue one of statutory interpretation, standard of review that of correctness—Issue whether legislative intent for leftover textile cuttings to fall within meaning of word "goods" in phrase "if goods that result from processing become . . . surplus goods"—Based on distinction made in Customs Tariff, ss. 120-122 between "goods," "scrap and waste," leftover textile cuttings "scrap and waste," not "goods"—*Obiter*: With respect to Memorandum D7-2-3 on Obsolete and Surplus Goods, ss. 23, 24, provisions thereof not applicable as scrap or waste therein imported as such, whereas fabric herein becoming scrap or waste only in processing—*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, ss. 109, 110, 120, 121, 122.

A & R DRESS CO. INC. V. M.N.R. (T-1374-03, 2005 FC 681, Shore J., order dated 17/5/05, 15 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Practice—Appeal from tax assessment under *Excise Tax Act* (Act)—Issue whether appellant precluded from obtaining, from

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

Tax Court of Canada (T.C.C.) order striking part of respondent's amended notice of appeal considering that, in reply, appellant has "pleaded over" issue raised by respondent before T.C.C. but not raised in its notice of objection before M.N.R.—Respondent "specified person" within meaning of Act, s. 301(1) (for history of specified person provisions, see *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. v. R.*, 2003 FCA 471)—After assessment for additional net tax, interest and penalty, notice of objection, reassessment reducing tax and related penalty, notice of objection to reassessment, confirmation of reassessment, notice of appeal, respondent subsequently filed amended notice of appeal, for first time attempting to assert due diligence defence first recognized by Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Consolidated Canadian Contractors Inc.*, [1999] 1 F.C. 209 (C.A.)—Tax Court Judge (*Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Canada*, 2004 TCC 476) rejected motion for order to strike paragraphs raising defence of due diligence on ground appellant had joined issue on question of penalty, therefore could not argue impugned paragraphs constituted abuse of process—"Pleading over" explained in *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.); *Montreuil v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 528 (T.D.)—Appeal allowed—T.C.C., in appeal involving "specified person," without jurisdiction to deal with issue not properly raised in notice of objection—"Specified person" may object to any or all assessment issues, but must file notice of objection meeting requirements of Act, s. 301(1.2): issue must be reasonably described, must be quantified, must be supported by statement of facts and reasons—"Specified person" may also object to reassessment, but only with respect to issues raised in prior notice of objection or new issues raised in reassessment (Act, s. 301(1.4), (1.5))—Identical restrictions applicable in case of appeal to T.C.C.—"Specified person" may appeal to T.C.C. only with regard to issue properly raised in notice of objection with respect to relief sought in respect of that issue as specified in notice of objection—Issue properly raised in notice of objection only by complying with Act, s. 301(1.2)—Herein, issue of due diligence never raised in any notice of objection—Respondent's request to vacate "associated interest and penalties," only mentioned in notice of objection to reassessment, not reference to issue of due diligence but consequential to reduction of interest and penalty flowing from requested reduction of net tax adjustments—Respondent cannot therefore raise due diligence in amended notice of appeal before T.C.C.—*Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153 (F.C.A.) distinguished: meaningless to draw analogy with rules applicable in case of statute of limitations—Conduct of parties cannot govern when jurisdiction of T.C.C. denied by statute: *Canada v. Krahenbil*, [2000] 3 C.T.C. 178 (F.C.A.)—Pleading cause of action beyond Court's jurisdiction to adjudicate clear abuse of process: *Weider v. Beco Industries*, [1976] 2 F.C. 739 (T.D.);

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

therefore, appellant's motion under *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, s. 53 in order—*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 301(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 82), (1.2) (as enacted *idem*), (1.4) (as enacted *idem*), (1.5) (as enacted *idem*)—*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688, s. 53.

CANADA V. TELUS COMMUNICATIONS (EDMONTON) INC.  
(A-369-04, 2005 FCA 159, Desjardins J.A., judgment dated 6/5/05, 12 pp.)

**ENVIRONMENT**

Judicial review concerning environmental assessment, regulatory approval of Cheviot coal mine project in western Alberta—Applicants challenging legality of authorization issued by Department of Fisheries and Oceans (DFO) pursuant to *Fisheries Act* permitting respondent Cardinal River Coals (CRC) to begin construction of coal mine—Applicants also challenging DFO's decision not to conduct environmental assessment, under *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA), of changes to project—In 1996, CRC submitted project application to Alberta Energy and Utilities Board, Alberta Department of Environment, DFO proposing to develop coal mine (Cheviot project) near Hinton, Alberta—Three authorizations required under *Fisheries Act*, s. 35(2)—Joint federal-provincial review panel (Joint Review Panel) established to conduct required environmental assessment recommending, in 1997, Cheviot project receive regulatory approval subject to mitigation measures—In response (federal response), DFO concurred with panel's recommendation, confirming need for mitigation measures, notably in relation to grizzly bears, need to include conditions for protection of migratory birds in relevant authorizations under *Fisheries Act*—After judicial review (*Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 F.C. 425 (T.D.)), second Joint Review Panel Report issued in September 2000, again recommending Cheviot project receive regulatory approval—Federal response followed—In August 2002, CRC announcing would proceed with Cheviot project in modified form on much reduced scale—Coal to be transported to existing plant by new haulroad—Haulroad received required approvals, in operation since October 2004—In December 2003, CRC requesting authorization from DFO for activities relating to construction of mine pit—Mine Pit Authorization, subject of judicial review, issued in September 2004, without further environmental assessment—Authorization permitting installation of water control structure so as to backflood creek, forming sediment pond—Issues: (1) whether DFO required to prepare environmental assessment of modifications made to Cheviot project pursuant to CEAA, s. 15(3); (2) whether DFO erred by concluding haulroad did not trigger environmental assessment under CEAA, s. 5; (3) whether DFO erred in issuing Mine Pit Authorization without ensuring implementation of mitigation

**ENVIRONMENT—Continued**

measures identified in federal responses, such that, under CEAA, s. 37(1.1), authorization not in conformity with federal responses; (4) whether DFO acted contrary to law in issuing authorization permitting activities prohibited by *Migratory Birds Convention Act, Migratory Birds Regulations*—In context of CEAA, questions relating to interpretation of statutory provisions subject to standard of review of correctness, while questions relating to exercise of discretion by responsible authority pursuant to CEAA, ss. 15, 16 subject to standard of review of reasonableness *simpliciter*—Without final determination on question, standard of review for DFO's decision under CEAA, s. 37(1.1) that of reasonableness *simpliciter*—Applications dismissed—(1) No obligation to assess haulroad arising from CEAA, s. 15(3) as haulroad not “modification” to Cheviot project within meaning of “project” in CEAA, s. 2(1), within meaning of CEAA, s. 15(3)—No case law compelling responsible authority to, in effect, re-open completed environmental assessment—CEAA, s. 15(3) not imposing free-standing obligation to conduct environmental assessment outside scope of project as determined under CEAA, s. 15(1)—Herein, haulroad not included in scope of project—Modifications to Cheviot project in fact reducing environmental impacts—Fact impact assessment biologist incorrectly identified CEAA, s. 24 as provision under which acting irrelevant as correctly carried out appropriate task required under CEAA, s. 37(1.1)—CEAA, s. 15(3) not applying to require further assessment of Cheviot mine project—(2) DFO did not err by concluding haulroad did not trigger environmental assessment under CEAA, s. 5—Causeway, over which haulroad placed, applied for, authorized as part of original project; primary purpose of causeway to create sediment pond—As such, assessed by Joint Review Panel—(3) DFO did not err in issuing Mine Pit Authorization without ensuring implementation of mitigation measures identified in federal responses—(a) With respect to Harlequin ducks, based on information before decision maker, decision to omit any conditions related to Harlequin ducks from authorization not unreasonable—In any event, DFO committed to amending authorization should it be deemed necessary by Environment Canada—(b) With respect to grizzly bear protection, DFO took necessary steps to ensure mitigation measures identified in federal responses would be implemented—Disbanding of particular committees created for protection of grizzly bear irrelevant in view of joint federal-provincial initiatives to address cumulative impact on grizzly bear population, implement recommendations of Joint Review Panel reports—Decision to issue Mine Pit Authorization in conformity with federal responses on issue of grizzly bear protection—(4) Doctrine of issue estoppel not applicable on basis of conclusions made in *Alberta Wilderness Association* as parties not identical; as Mine Pit Authorization had not been drafted at time of decision, issues not identical; Court's findings therein with respect to *Migratory Birds Regulations* did not

**ENVIRONMENT—Concluded**

form basis of final judgment—Given important difference as to amount of waste rocks involved, deference to or reliance on conclusion that deposit of rocks would be harmful in context of Access Corridor authorization would be inappropriate in context of Mine Pit Authorization, on basis of limited facts now before Court—DFO, as regulatory body, bearing no responsibility for actions of CRC in event of breach of *Migratory Birds Regulations*, s. 35(1) by CRC—*R. v. Ontario (Ministry of the Environment)*, [2001] O.J. No. 2581 (Ct. J.) (QL) not standing for proposition that, by granting approval within its statutory mandate, DFO “permitting deposit” in context of *Migratory Birds Regulations*, s. 35(1)—Case serving to highlight distinction between government entity acting as authorizing body on one hand, government entity in actual management, control of property on other—In issuing Mine Pit Authorization under *Fisheries Act*, DFO not “permitting” CRC to deposit “millions of tonnes of waste rock, materials into waters, other areas frequented by migratory birds”—Even then (far from proven), actions of DFO in issuing *Fisheries Act* authorization not “contrary to law” within meaning of *Federal Courts Act*, s. 18.1(1)(4) simply because deposit of such materials may be prohibited under *Migratory Birds Regulations*, s. 35(1)—*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 35(2)—*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 5, 15(1), (3) (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 21(F)), 24 (as am. *idem*, s. 27(F); 1994, c. 46, s. 2), 37(1.1) (as enacted *idem*, s. 3)—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (4) (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 27)—*Migratory Birds Regulations*, C.R.C., c. 1035, s. 35(1)—*Migratory Birds Convention Act*, R.S.C., 1985, c. M-7.

PEMBINA INSTITUTE FOR APPROPRIATE DEVELOPMENT V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-1488-04, 2005 FC 1123, Snider J., order dated 17/8/05, 39 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Motion challenging Federal Court's jurisdiction over cause of action asserted against Commissioner of Nunavut, Government of Nunavut and Minister responsible for *Civil Emergency Measures Act* (Nunavut defendants)—Action for damages arising from sinking of vessel *Avataq* in Hudson Bay while en route from Churchill, Manitoba to Arviat, Nunavut—All four crew members perished—Action brought by estates, widows, children of deceased pursuant to *Manitoba Fatal Accidents Act, Nunavut Fatal Accidents Act, Canada Shipping Act, Marine Liability Act, Fisheries Act*—Motion granted, action against Nunavut defendants struck out—Basis for action sinking of ship with consequent loss of life—Plaintiffs basing claims against Nunavut defendants upon *Federal Courts Act*, s. 22(2)(d), (g) (claim for loss of life caused by ship, or occurring in connection with operation of

**FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued**

ship)—*Federal Courts Act*, s. 22 meeting first test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 (requirement of statutory grant of jurisdiction by federal Parliament)—However, Canadian maritime law not essential to disposition of plaintiffs' claims against Nunavut defendants—Negligence, not maritime law, essence of plaintiffs' claim against Nunavut defendants—In *Dreifelds v. Burton* (1998), O.R. (3d) 393, Ontario Court of Appeal cautioned that not every water-borne activity giving rise to claim under Canadian maritime law; only if activity sufficiently connected with navigation, shipping will it fall to be resolved under Canadian maritime law—Plaintiffs alleging Nunavut defendants negligent in responding to emergency situation on waters of Hudson Bay and in providing emergency services in accordance with *Civil Emergency Measures Act*—However, nothing therein specifically addressing provision of emergency response services to incidents on water—Even assuming authority therein to respond to such emergency, such ability not converting incident on waters of Hudson Bay into matter of maritime law—Prevailing case law requiring integral connection between allegations raised in statement of claim and Canadian maritime law—Herein, plaintiffs' claims having nothing to do with subject of navigation, shipping—defendants had nothing to do with ship *Avataq*; not engaged in operation of that ship in any of capacities defined in *Federal Courts Act*, s. 22(2)(g)—Land-based activities of Nunavut defendants (provision of emergency aid) not constituting integral link with maritime activities, Canadian maritime law—Primary role of Nunavut defendants administration of respective duties in governance of Nunavut; involvement with maritime matters or shipping, navigation merely incidental, insufficient to support finding claims herein arising from Canadian maritime law—Fact underlying incident involving operation of ship insufficient to give rise to claim in Canadian maritime law in absence of any allegation any of Nunavut defendants had any involvement with, or responsibility for, operation, control or possession of ship—As to Court's jurisdiction over Nunavut defendants as parties, plaintiffs seem to argue Federal Court most convenient forum—However, jurisdiction not depending upon convenience—Well established that jurisdiction of Federal Court must exist over parties, as well as over asserted cause of action: *Greeley v. Tami Joan (The)* (1996), 113 F.T.R. 66 (T.D.); *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, [2001] 3 F.C. 641 (C.A.)—Pleading based on *Federal Courts Act*, s. 22(1), addressing jurisdiction in actions between "subject and subject"—Nunavut defendants not "subjects" within meaning of s. 22(1): *Sjouwerman v. Valance* (1990), 37 O.A.C. 294 (Ont. C.A.) ("what Parliament intended with the reference to an action between subject and subject was an action between Persons or individuals"), but rather public authorities: *Canadian Olympic Association v. Registrar of Trade Marks*, [1982] 2 F.C. 274 (T.D.)—Each of Nunavut defendants playing role in

**FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded**

governance, administration of Nunavut, discharging public functions, representing institutions of government of Nunavut—*Civil Emergency Measures Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-9—*Fatal Accidents Act*, C.C.S.M., c. F50—*Fatal Accidents Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-3—*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9—*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6—*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2) (as am. *idem*, s. 31).

KUSUGAK v. NORTHERN TRANSPORTATION CO.  
(T-1375-02, 2004 FC 1696, Heneghan J., order dated 3/12/04, 24 pp.)

**INCOME TAX**

## CORPORATIONS

Appeal from four Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions (2004 TCC 375) dismissing Town Properties Ltd.'s appeal on basis not entitled to small business deduction pursuant to *Income Tax Act* (ITA), s. 125(1), also dismissing individual appellants's appeals on basis not entitled to enhanced capital gain deduction under ITA, s. 110.6—Issue whether activities of Town Properties falling within definition of "specified investment business" as defined in ITA, ss. 125(7), 248(1)—If Town Properties did not have five full-time employees, then "specified investment business," not carrying on "active business," not "small business corporation," shares not "qualified small business corporation shares," shareholders of Town Properties not qualifying for capital gains reduction on disposition of shares under ITA, s. 110.6(2.1)—Town Properties earning rental income from commercial office building in City of Victoria—Employing at least six individuals for cleaning services for tenants—Individuals working four hours per day, five days per week, for total of 20 hours—T.C.C. found 20 hours per week not full-time employment for purposes of ITA, s. 125(7)—Appeal dismissed—Application of "specified investment business" as defined in *R. v. Hughes & Co. Holdings Ltd.* (1994), 94 DTC 6511 (F.C.T.D.), followed in *Woessner v. The Queen* (1999), 99 DTC 1039 (T.C.C.)—Requirement that taxpayer employ five full-time employees must be analysed in light of object, purpose of "specified investment business": *Lerric Investments Corp. v. Canada* (1999), 99 DTC 755; *affd* [2001] 2 F.C. 608 (C.A.)—Scheme to ensure that certain minimum level of activity prior to allowing corporation small business deductions—Defining "full-time employment" as equivalent to standard number of hours worked in certain industry in certain area where activities take place, as proposed in *Ben Raedarc Holdings Ltd. v. The Queen* (1997), 98 DTC 1218 (T.C.C.), inconsistent with scheme of ITA—Term "full-time" employment in definition of "specified investment business" used in contra-distinction with "part-time" employment: *R. v.*

**INCOME TAX—Continued**

*Hughes & Co.—Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 110.6(1) “qualified small business corporation share” (as am. by S.C. 2000, c. 12, Sch. 2, s. 1), (2.1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 86), 125(1) (as am. by S.C. 1998, s. 19, s. 145; 2001, c. 17, s. 113), (7) “specified investment business” (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 145).

BAKER V. CANADA (A-339-04, 2005 FCA 185, Noël J.A., judgment dated 19/5/05, 6 pp.)

**INCOME CALCULATION***Dividends*

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision ([2004] 2 C.T.C. 2995) holding *Income Tax Act*, s. 152(4.3) not empowering M.N.R. to reduce respondent’s refundable dividend tax on hand (RDTOH) account, corresponding refund paid to respondent with respect to its 1991 taxation year—In 1990 reassessment, 1987 disposition of business property by respondent treated as giving rise to taxable capital gain—As result, respondent’s RDTOH account at end of 1987 taxation year increased by fraction of non-taxable portion of capital gain—In 1991 taxation year, prior to final disposition of respondent’s objection to appeal from 1987 taxation year, respondent paid taxable dividend for which Minister subsequently made requested \$65,000 dividend refund—M.N.R. effected refund by applying portion against respondent’s Part I tax liability for 1991 taxation year, delivering respondent cheque for balance (\$43,992)—By consent judgment in February 1996, capital gain realized by respondent in 1987 taxation year from disposition of former business property declared nil as result of respondent’s acquisition of replacement property for its business—Pursuant to consent judgment, M.N.R. reassessed respondent’s 1987 taxation year to remove taxable portion of capital gain from income—By reassessment in February 1997, M.N.R. reassessed respondent’s 1991 taxation year by reducing previously determined dividend refund of \$65,000 to \$8,420.68—In June 2000, M.N.R. dismissed respondent’s notice of objection to 1991 reassessment on basis issued in accordance with ITA, s. 152(4.3)—T.C.C. allowed respondent’s appeal, holding dividend refund neither “tax” nor “amount deemed to have been paid or to have been an overpayment,” emphasizing if Parliament had intended to give M.N.R. power to reduce amount of refund, would have included language to that effect in ITA, s. 152(4.3)—Appeal from T.C.C. decision dismissed—Only issue to be decided herein whether M.N.R.’s authority in ITA, ss. 152(1), 160.1(1) to determine dividend refund within normal reassessment periods contemplated in ITA, s. 152(4) can be exercised outside normal reassessment period by issuance of consequential assessment pursuant to ITA, s. 152(4.3)—M.N.R.’s authority thereunder limited to reassessing “tax, interest or penalties payable” or redetermining “amount

**INCOME TAX—Continued**

deemed to have been paid or to have been an overpayment”—M.N.R. relying exclusively on second phrase, asking Court to conclude “deemed payment” resulted from M.N.R.’s redetermination of refund, and that T.C.C. erred in holding otherwise—No merit to argument that, to extent amount of refund applied to reduce taxes otherwise payable pursuant to ITA, s. 129(2), such refund “deemed payment” of those taxes—Rather, ITA, s. 129(2) providing in effect for set-off of amounts owing by taxpayer to M.N.R. against dividend refund properly payable—Set-off giving rise to actual payment—No deemed payment arising from operation of ITA, s. 129(2)—Amount in taxpayer’s RDTOH account not credit against taxes, nor operating same way as tax credit—Corporation’s RDTOH account determined independently of, having no impact on, computation of corporation’s tax under ITA, Part I—Merely notional account determining maximum amount of dividend refund corporation may receive upon payment of taxable dividends—In contrast, tax credits applied directly in computation of taxpayer’s tax under ITA, Part I, operating to reduce federal tax otherwise payable—No provision in ITA deeming dividend refund made by M.N.R. to taxpayer to be amount paid or overpaid under ITA, Part I by taxpayer—In absence of such deeming provision, dividend refund made by M.N.R. in accordance with ITA, s. 129(1) cannot be considered to be or to result in “amount deemed to have been paid or to have been an overpayment” by taxpayer under ITA, Part I—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 129(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 73; 1996, c. 21, s. 32; 1998, c. 19, s. 154), (2), 152(1) (as am. by S.C. 2000, c. 19, s. 44), (4) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 181), (4.3) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 90; c. 21, s. 76), 160.1(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VII, s. 16).

CANADA V. BULK TRANSFER SYSTEMS INC. (A-190-04, 2005 FCA 94, Noël J.A., judgment dated 10/3/05, 13 pp.)

*Income or Capital Gain*

Judicial review of decision of Canada Revenue Agency (CRA) under *Income Tax Act* (ITA), s. 152(4.2) lump-sum disability amount of \$80,000 correctly included in deceased’s taxpayer’s income in 1991—CRA declined to exercise discretion to reassess outside normal reassessment period on basis of IC75-7R3 (no reassessment where request based solely on successful appeal to courts by another taxpayer); also based on view lump-sum settlement of disability claim should be included in income under ITA, s. 6(1)(a) (taxing value of any benefits of any kind received by virtue of employment) where ITA, s. 6(1)(f) (taxing employment insurance benefits received on periodic basis in respect of loss of income from employment) not applicable—CRA also of view portion of lump-sum payment would be in lieu of periodic payments and should be included in income under ITA, s. 6(1)(f)—In 1991, deceased taxpayer received lump-sum payment of \$80,000 from Confederation Life pursuant to negotiated settlement of

## INCOME TAX—Continued

benefits due under private disability insurance plan—First applied for fairness relief in February 2002 to re-characterize payment as not being “income” taxable under ITA, s. 6(1)(a) or s. 6(1)(f)—Applicant arguing amount was lump-sum payment received on account of disability, not aggregate of periodic payments would have received from Confederation Life up to age 65, therefore not taxable—Application allowed—Standard of review herein patent unreasonableness; however, interpretation of ITA, s. 6(1)(a) question of law to be decided on basis of correctness—CRA erred in invoking IC75-7R3 (reassessment will not be made if request based solely upon successful appeal to courts by another taxpayer), as applicant relied on *Peel v. Minister of National Revenue* (1987), 87 DTC 268 (T.C.C.) wherein lump-sum payments deemed not taxable—Subsequent cases cited by applicant merely reinforced initial decision—CRA erred in applying portion of IC75-7R3 without any indication existing case law taken into account in decision-making process—*Tsiaprailis v. Canada* (2001), 2002 DTC 1563 (T.C.C.), relied on by respondent, not dealing with right to receive benefits in future, but deeming taxable portion of lump-sum payment representing taxpayer’s entitlement to past benefits (i.e. arrears) as in respect of amounts payable in past on periodic basis—Based on materials, no basis for concluding any portion of settlement or lump-sum payment would be in lieu of periodic payments, therefore taxable under ITA, s. 6(1)(f)—*Landry v. Canada*, [1998] 2 C.T.C. 2712 (T.C.C.) relied on to find ITA, s. 6(1)(a) not applicable—In *Landry*, Bowman T.C.J. stating ITA, s. 6(1)(a) general provision not intended to fill gaps left by ITA, s. 6(1)(f): *expressio unius est exclusio alterius—Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 1, ss. 6(1)(a) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 3; c. 21, s. 2), (f), 152(4.2) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 125; 2000, c. 19, s. 44).

CHISHOLM V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY)  
(T-1086-04, 2005 FC 303, O’Keefe J., order dated 25/2/05, 16 pp.)

## NON-RESIDENTS

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision ([2004] 5 C.T.C. 2133) dismissing appeal from assessment under *Income Tax Act* (ITA), Part XII (s. 212(1)(d))—Tax assessed on payment of US\$40 million made as consideration for anticipatory breach of agreement under which rent would have been payable for use in Canada of offshore drilling rig—Transocean non-resident corporation affiliated with two American corporations: Transocean Offshore Inc. (Transocean Parent), Transocean Offshore Ventures Inc. (Transocean # 2)—Transocean owner of *Transocean Explorer*, semi-submersible offshore drilling rig—In 1997, Petro-Canada (on own behalf and that of co-venturers) entered into agreement (bareboat charter) requiring Transocean Parent to provide *Explorer* for use in Terra Nova Project for two-year term

## INCOME TAX—Continued

(Transocean to make *Explorer* available for required term)—Second agreement providing Transocean # 2 would operate, maintain *Explorer* during two-year term—Estimated total rent for term US\$43.8 million—Bareboat charter requiring co-venturers to pay for specified upgrades (at initial estimated cost of approximately US\$52 million, later, US\$75 million) to *Explorer*, and mobilization fee of US\$11 million to move *Explorer* from North Sea to shipyard in Canada for upgrades—Due to escalating costs, co-venturers deciding to repudiate bareboat charter, entering into agreement releasing co-venturers from obligations under bareboat charter, co-venturers to pay US\$40 million to Transocean as full and final consideration for voluntary termination thereof, approximately US\$1.9 million to Transocean # 2 to cover “upgrade team expenses”—*Explorer* remaining idle from December 1998 until April 2004—Co-venturers made US \$40 million payment to Transocean, withholding 25%, remitting it to Canadian tax authorities on account of any possible Part XII tax liability in respect of payment—Transocean application for refund denied in July 2000 assessment on basis payment considered in lieu of payment of rent within meaning of *Income Tax Act* (ITA), s. 212(1)(d)—T.C.C. dismissed appeal from assessment, finding compensatory monetary amount paid as, on account of or in lieu of payment, or in satisfaction of, rent or similar payment for use of property in Canada, or for right to use thereof—Appeal dismissed—Only factual controversy herein: why US\$40 million payment made—Given evidence presented, open to T.C.C. to conclude payment made to compensate for rent that would have been paid under bareboat charter if latter had not been repudiated, and not for anything else—Legal issue whether ITA, s. 212(1)(d) broad enough to cover situation herein—As amount paid instead of payment of particular legal character, or in place of such payment, not having same legal character, Parliament, in using words “in lieu of” in *Income Tax Act*, s. 212(1)(d), must have intended to expand scope thereof to include payments other than payments having legal character of rent—French version of s. 212(1)(d) at least as broad as English version—Case of *Harold F. Puder v. Minister of National Revenue* (1963), 63 DTC 1282 (Ex. Ct.) distinguished—Approach to statutory interpretation has changed since then (where prevailing view that taxing statutes to be strictly construed)—Now interpretation of statutes requiring search for intent of Parliament by reading words of provision in context, according to grammatical, ordinary sense, harmoniously with scheme, object of statute: *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757—Latter approach requiring, at least, favouring interpretation giving meaning to phrase “in lieu of” over interpretation rendering it redundant—*The Queen v. Atkins* (1976), 68 D.L.R. (3d) 187 (F.C.A.), affg (1975), 59 D.L.R. (3d) 276 (F.C.T.D.) also distinguished—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 212(1)(d).

TRANSOCEAN OFFSHORE LTD. V. CANADA (A-385-04,  
2005 FCA 104, Sharlow J.A., judgment dated 21/3/05,  
25 pp.)

**INCOME TAX—Concluded****PRACTICE**

Limitation periods—Appeal from Federal Court decision (2004 FC 809) granting application for judicial review, declaring Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) statute barred, pursuant to *Crown Liability and Proceedings Act* (CLPA), s. 32 or former *Limitations Act*, s. 45, from initiating or carrying through any action for collection against applicant (respondent herein) of any federal and provincial tax debt allegedly owing by respondent for 1990 and 1991 taxation years—Federal Court Judge therein found respondent's request, before expiry of limitation periods, that losses from subsequent tax years be carried back, applied to 1990, 1991 taxation years, did not amount to acknowledgment of tax debt, extending six-year limitation period provided in CLPA, s. 32—With respect to collection by CCRA of part of tax debt owed to Government of Ontario, Judge found collection would be beyond two-year limitation period set out in former *Ontario Limitations Act*, s. 45(1)(h)—Appeal allowed—Ten-year limitation period recently set out in *Income Tax Act* (ITA), s. 222 applicable with respect to federal tax (Crown had not raised this argument in Federal Court)—ITA, s. 222 amply clear so as to rebut any presumption against retroactive application: *C.I. Mutual Funds Inc. v. Canada*, [1999] 2 F.C. 613 (C.A.)—Hearing before Federal Court proceeded in April 2004; Bill C-30, introducing above-noted amendment, receiving Royal Assent in May 2004; impugned decision rendered on June 4, 2004—ITA, s. 222(10) providing amendment applicable to any judgment made after March 3, 2004 declaring tax debt not payable by taxpayer because of limitation period ending before Royal Assent given—ITA, s. 222(10) deeming such tax debt to have become payable on March 4, 2004—Impugned judgment having been made on June 4, 2004, tax debt at issue herein deemed to have become payable on March 4, 2004, limitation period expiring on March 3, 2014—*Limitations Act*, s. 45(1)(h) only applicable to penal actions, not applicable herein—New *Ontario Limitations Act, 2002*, s. 3 expressly stating no limitation period in respect of fines, taxes, penalties—As Crown should have raised ITA, s. 222 before Federal Court, respondent awarded costs on appeal as against appellant—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 222 (as am. by S.C. 2004, c. 22, s. 50)—*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 32 (as am. *idem*, s. 31)—*Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L. 15, s. 45(1)(h)—*Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, s. 3.

GIBSON V. CANADA (A-442-04, 2005 FCA 180, Décary J.A., judgment dated 13/5/05, 11 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of decision by adjudicator allowing unjust dismissal complaint filed by respondent, ordering reinstatement

**LABOUR RELATIONS—Continued**

ment and payment of half respondent's legal fees—Applicant, agent of Her Majesty, governed by *Financial Administration Act* and under authority of Minister of Supply and Services—In April 2003, respondent demoted from manager to contract coordinator owing to difficulties experienced with responsibilities as manager and administrator, and dismissed in May 2003—As explanation, told Company exercising right to terminate employment without cause as result of tense relations with co-workers and client, Department of National Defence—Later, during investigation, applicant justified dismissal by stating respondent's performance unsatisfactory in number of areas: poor relations with clients, inability to properly manage staff, poor relations with colleagues and superiors, poor work product, unexplained absences from work—Adjudicator first deciding, based on *Jennings v. Shaw Cablesystems Ltd.*, 2003 FC 1206, could, even ought, to accept grounds added to grounds cited at time of dismissal—Then finding evidence did not support employer's contentions; holding dismissal inappropriate in circumstances, instead ordering long-term suspension—Relying on *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Sheikholeslami*, [1998] 3 F.C. 349 (C.A.) and *Chalifoux v. Driftpile First Nation*, 2002 FCA 521, adjudicator positing as premise must order respondent's reinstatement unless of opinion not possible to restore relationship of trust and, considering circumstances, ordering reinstatement—Finally, refusing to award damages—Issues: standard of review applicable to adjudicator's decision; assessment of evidence by adjudicator; employer's time to disclose grounds for dismissal to employee; and whether, where dismissal unjust, reinstatement presumed—Application allowed—*Canada Labour Code*, s. 240 giving non-unionized employees protection against unjust dismissal analogous to protection normally reserved for unionized employees in collective agreement; precluding arbitrary action by employer and ensuring continuity of employment—With respect to adjudicator's assessment of facts, as well as choice of appropriate remedy, appropriate standard of review patent unreasonableness—However, whether adjudicator misinterpreted law in stating bound to reinstate respondent unless employer demonstrated relationship of trust breached, as well as whether employer can add to reasons for dismissal initially disclosed to employee until complaint heard by adjudicator, subject to standard of correctness—Adjudicator did not err unreasonably in assessing reasons for dismissal, specifically in deciding respondent's repeated absences not valid cause for dismissal, although constituting serious misconduct—*Howard v. Maritime Telephone and Telegraph Co.*, [2000] F.C.J. No. 1758 (T.D.) (QL) and *Jennings v. Shaw Cablesystems Ltd.* indicating employer must disclose grounds alleged within 15 days of request by dismissed employee or inspector; inspector should be able to learn true reasons for dismissal if attempts at conciliation capable of producing results; all formalism must be avoided, adjudicator master of procedure—It must therefore

**LABOUR RELATIONS—Continued**

be accepted in some circumstances employer allowed to provide new explanations after prescribed time limits—However, more remote subsequent reasons from original explanation, more employer's credibility subject to caution—Also, employee must always have opportunity to defend self, to answer employer's allegations—Adjudicator should have demonstrated greater circumspection, required better explanations from employer before considering all reasons—But since all reasons rejected (apart from absences) at conclusion of rigorous analysis of evidence, error proved inconsequential, not by itself warranting setting aside decision—With regard to reinstatement, Court not persuaded adjudicator not unduly influenced in decision by initial premise must order reinstatement if relationship of trust not irreparably broken—In doing so, clearly error in law with potential impact on final outcome of case—Matter returned to adjudicator to assess appropriate relief without applying wrong presumption, but by taking into account only factors generally considered (see England *et al.*, *Employment Law in Canada*, 4th ed., vol. 2, LexisNexis Canada, looseleaf ed., par. 17.153)—No reason to intervene in respect of adjudicator's decision ordering applicant to reimburse half of legal costs incurred by respondent in context of adjudication proceeding—*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11—*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 240 (am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 9, s. 15).

DEFENCE CONSTRUCTION CANADA LTD. V. GIRARD (T-1298-04, 2005 FC 1177, de Montigny J., order dated 29/8/05, 33 pp.)

Three issues: application for judicial review by Telecommunications Workers Union (TWU) to quash Canada Industrial Relations Board (Board) order, dismissing allegation of bias against Board, Chairperson; application for judicial review by TWU, attempting to reinstate binding arbitration order Board had imposed in order to settle collective agreement issues between TWU, TELUS Communications Inc. (Telus), then removed upon reconsideration; application for judicial review by Telus, attempting to quash final Board order imposing communication ban for purposes of preventing Telus from interfering with TWU's representation of its employees in general—Applications dismissed—Long, complex history of labour disputes between parties complicated by mergers, acquisitions, determination of sole bargaining agent, division of business into two operations—Collective agreement between Telus, TWU expired in 2000, no new collective agreement concluded since then—Following complaint by TWU, Board issued interim cease and desist order on January 17, 2004 after finding TWU had established *prima facie* case Telus had breached *Canada Labour Code*, s. 94 by communicating with TWU employees—In further decision dated January 28, 2004 (CIRB LD 1004) (Binding Arbitration

**LABOUR RELATIONS—Continued**

Decision), Board ordered Telus to offer binding arbitration to settle terms of collective bargaining agreement—In February 2004, Telus applied for reconsideration of Binding Arbitration Decision—In March 2004, TWU filed application (Recusal Application), alleging Chairperson biased, reasonable apprehension of bias with regard to all other Board members—Recusal Application dismissed in August 2004—Reconsideration decision allowed in February 2005, setting aside Binding Arbitration Decision, reinstating, with modifications, communications ban imposed January 17, 2004—Recusal decision—Application for judicial review of Recusal Decision against Chairperson dismissed for mootness as Chairperson did not sit on panel rendering Reconsideration Decision—However, Chairperson should not have summarily dismissed hearsay evidence: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259—Chairperson should have filed statement—Would also have been prudent to announce would delegate power of choosing members of reconsideration panel to someone else—With respect to other panel members, TWU did not submit any evidence to meet requisite test of bias on part of reconsideration panel, entirely relying on Chairperson's delegation powers as basis for accusation against three-member panel—Painting entire Board with bias as result of one Board member's alleged comments undermining presumption of impartiality, fairness attributed to each member, compromising integrity of entire Board—Finally, "doctrine of necessity" precluding Board from rendering itself incapable of reconsidering its own decisions since reconsideration process function of Board pursuant to Code—Furthermore, by waiting (approximately six months), without complaining, until Reconsideration Decision rendered, TWU waived right to make bias allegations against reconsideration panel—Reconsideration decision—As to procedure employed by Board in reconsidering own decision, ability of Board to overturn own decisions on reconsideration, standard of review patent unreasonableness—Contrary to TWU's argument, no provision in Code requiring Board to engage plenary panel in any circumstance—No sitting of plenary panel on any matter since 1999, when Code amended—Normal procedure employed by Board, formation of three-member panel, not patently unreasonable—Furthermore, Board master of its own procedure—Binding arbitration order—Board not acting in patently unreasonable manner by overturning its binding arbitration order—*Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, authoritative decision on Board's jurisdiction to impose remedies like binding arbitration, distinguished—Binding arbitration exception rather than rule, as running counter to inherent policy of free collective bargaining underlying Code—Given complexity, length of matter, factual findings made by Board, extraordinariness of binding arbitration order, combined with deference Parliament intended Board to have, and importance

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

of free collective bargaining, not appropriate to interfere with quashing of binding arbitration order—Board's reasons logical, involving use of its expertise in labour matters—Decision not patently unreasonable—Communications ban—For question whether Board contravened Charter by imposing communications ban, standard of review correctness; for question whether Board should have imposed communications ban, standard of review patent unreasonableness—Although communications ban violating Telus' freedom of expression guaranteed under Charter, s. 2(b), justified under Charter, s. 1 as violating Code, s. 94(1)(a) (prohibiting employer from participating in or interfering with formation of trade union, or union's representation of its employees)—Communications ban reasonable limit to impose on employer, appropriate way to protect union's exclusive authority to bargain collectively on behalf of employees—Ban not overly broad—Board duly considered question of imbalance; nothing unreasonable in Board's conclusion on issue—Board entitled to make order preventing practice from occurring in future—Communications ban decision not patently unreasonable—Board precluded from defending merits of bias matter, merits of decision not to place any factual information on record, merits of reconsideration decision—Board permitted to address generally other issues in case, including jurisdiction, standard of review—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b)—*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 94.

TELUS COMMUNICATIONS INC. v. TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION (A-84-04, A-85-04, A-242-04, A-65-05, A-99-05, A-185-05, A-187-05), 2005 FCA 262, Sexton J.A., judgment dated 25/7/05, 49 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Motions by defendant Chemex Ltd. (Chemex), charterer of vessel *Tuapse*, and defendant Novorossiysk Shipping Co. (Novoship), owner of *Tuapse*, for stay in favour of London arbitration, pursuant to terms of charter party, bills of lading incorporating charter party, *Commercial Arbitration Code*, art. 8 contained in *Commercial Arbitration Act*—Stay sought against plaintiff Dongnam Oil & Fats Co. Ltd. (Dongnam), owner of part cargo of edible oil carried on *Tuapse*—In May 2001, Novoship time-chartered vessel to defendant Chemex under charter party containing London arbitration clause—In May 2002, Chemex sub-chartering vessel to plaintiff Dongnam for carriage of yellow grease, bleachable tallow from Newark, New Jersey to Inchon, Korea—Sub-charter on Vegoil voyage charter form, with amended arbitration clause providing for

**MARITIME LAW—Continued**

settlement of disputes in London under English law—Two bills of lading issued, both incorporating voyage charter party between Chemex, Dongnam—Plaintiff claiming breach of charter party, damage to cargo, in nature of steam, water damage and dilution, during vessel-to-vessel transshipment (with cargo never touching shore or dock) at Nanaimo, British Columbia from *Tuapse* to *Chembulk Clipper*—Chemex in fact successful in arbitration proceedings commenced in London, winning, among other things, award of dead freight—Awards final as not appealed—Plaintiff refusing to pay arbitration awards—Plaintiff arguing action should not be stayed in favour of London arbitration based on *Marine Liability Act*, s. 46—None of parties herein having any connection with Canada; contract not made in Canada—However, plaintiff submitting transshipment at Nanaimo constituting loading or discharging at port in Canada within meaning of Act, s. 46—Chemex's motion for stay granted—Act, s. 46 not extending to transshipment; no loading took place—Loading joint obligation, process involving both cargo interest, shipowner—Here, pure transshipment between adjacent vessels, without any of usual aspects of loading—Narrow interpretation of legislation called for where encroachment or impingement upon commercial activity or contractual rights of strangers, who do not clearly and manifestly fall within legislation in question—Act, s. 46 restriction on freedom of contract, thus should be interpreted strictly—No subjects, citizens or residents involved herein; principals offshore companies finding themselves, at suit of plaintiff, in Canadian Federal Court action dependent upon Canadian statute, designed to facilitate activities of those having connection with Canada—Parliament did not wish to abolish, limit or interfere with rights of those companies unless clearly coming within bounds of legislation—*H.B. Contracting Ltd. v. Northland Shipping (1962) Co. Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 209 (B.C.C.A.) applied—Act, s. 46(2) not applicable, as no evidence of any agreement, and as agreement under Act, s. 46(2) presupposing jurisdiction in Canada under Act, s. 46(1), plus agreed departure from that jurisdiction—With respect to incorporation of charter party arbitration clause in bills of lading, must be determined whether arbitration clause effectively incorporated into bills of lading; whether arbitration agreement clause, "null and void, inoperative or incapable of being performed," according to *Commercial Arbitration Code*, art. 8(1): *Thyssen Canada Ltd. v. Mariana (The)*, [2000] 3 F.C. 398 (C.A.)—Clearly agreement in charter party between Chemex, Dongnam, for London arbitration, thus effectively calling for stay between them in favour of London arbitration: *Mariana*, at para. 24—However, Novoship not entitled to rely on charter party London arbitration clause incorporated, by reference, into bills of lading—*Rena K. The*, [1979] 1 All E.R. 397 (Q.B.), applied: bill of lading incorporation wording general, not referring to arbitration, thus insufficient to import arbitration clause from charter party into bill of lading; no

**MARITIME LAW—Concluded**

reference in charter party arbitration clause to arbitration under bills of lading—Therefore, Novoship’s motion for stay denied—*Commercial Arbitration Code*, being Schedule to the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, s. 8—*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 46.

DONGNAM OIL & FATS CO. V. TUAPSE (THE) (T-1843-02, 2004 FC 1732, Hargrave P., order dated 10/12/04, 25 pp.)

**PATENTS**

Appeal from Federal Court decision (*GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1725) dismissing appellant’s application for judicial review of Minister of Health’s refusal to list Canadian Letter Patent Nos. 1298479, 2031393 on Register of Patents as including within scope thereof controlled-release tablets of medicine paroxetine hydrochloride—Patents for system for controlled-rate release of active substances, including “pesticides, herbicides, fertilizers, room deodorants, medicaments or any type of substance which requires to be released at a controlled rate into a [sic] aqueous fluid”—Whether patents contain “claim for medicine itself or claim for use of medicine” as prescribed by *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 4(2)(b)—Motions Judge found within claims of either patent, no explicit claim to either medicine paroxetine hydrochloride or its use—Appeal dismissed—Claims in patent give no guidance as “claim for the medicine itself” (defined term found in NOC Regulations, s. 2), except through use of “active substance”—Wording too imprecise to satisfy requirement of NOC Regulations, s. 4(2)(b)—Expert evidence cannot fill in when terms of claims give insufficient guidance—Pelletier J.A. (concurring reasons): question whether patents must teach method or process for manufacture of paroxetine hydrochloride itself, or if sufficient if patents teach method or process for manufacture of controlled-release version of paroxetine hydrochloride—Proposing new approach based on dichotomy between delivery system and payload: whether patent protecting delivery system or payload—Herein, patents clearly designed to protect delivery system—*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 “claim for the medicine itself”, 4(2)(b) (as am. by SOR/98-166, s. 3).

GLAXOSMITHKLINE INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-686-04, 2005 FCA 197, Desjardins and Pelletier J.J.A., judgment dated 24/5/05, 18 pp.)

**INFRINGEMENT**

Application for order under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6(1) prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Novopharm Limited (Novopharm) regarding 250 mg tablets

**PATENTS—Continued**

for oral administration of azithromycin until after expiration of Canadian Letters Patent No. 1314876 (’876 patent)—Applicants seeking “grave consequence order” in alternative—’876 patent entitled “Azithromycin Dihydrate” respecting applicants’ Zithromax azithromycin product in 250 mg—Product claim 1 of ’876 Patent directed to crystalline azithromycin dihydrate; composition claim 5 directed to pharmaceutical composition comprising antibiotic effective amount of non-hygroscopic crystalline azithromycin dihydrate—In notice of allegation (NOA), Novopharm alleging product (Novopharm Azithromycin) not infringing product claim 1, composition claim 5 of ’876 patent—Alleging product free of crystalline azithromycin dihydrate because product is azithromycin monohydrate, alleging stability of product and absence of risk of conversion to azithromycin dihydrate—Novopharm proposing to import azithromycin monohydrate in bulk into Canada and formulate “Novopharm Product” therefrom—(1) Sufficiency of NOA, evidential burden—NOA silent as to “use” by Novopharm in Canada of imported product—Detailed statement also silent as to whether dihydrate used or formed in manufacturing of Novopharm’s azithromycin product, ultimately resulting in depriving applicants of advantage of ’876 patent—“Saccharin Doctrine” applying in Canada in patent infringement cases turning on “use” (when patented process used in manufacturing of article produced)—Term “use” in *Patent Act*, s. 42 judicially interpreted as applying both to patented products and processes—Expansive doctrine only applying if patent playing important part in production—Law holding infringement occurring when defendant manufacturing, seeking to use, or using patented part contained within something not patented, provided part significant or important—Novopharm having evidential burden to “put into play” all aspects of issue of non-infringement flowing from issuance of NOA and detailed statement—On face, NOA inadequate since not addressing issue of potential infringement of ’876 patent by use of bulk azithromycin monohydrate in off-shore production process—Use of azithromycin monohydrate central part in production of Novopharm product—(2) Adequacy of samples provided for analysis—Evidentiary value of testing evidence doubtful since materials provided to applicant, respondent’s own experts for testing different—Issue of whether Novopharm’s tableted material potentially converting into azithromycin dihydrate not determined—“Grave consequence order” to issue if conversion taking place in future—Applicants not meeting legal burden of establishing on balance of probabilities bulk azithromycin monohydrate containing or converting to azithromycin dihydrate—Novopharm’s NOA inadequate and inadequacy fully addressed in notice of application initiating this proceeding—Not open to Novopharm to “patch up” NOA with evidence, but if it were, Novopharm failed to do so with evidence filed—Application allowed—*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6(1) (as

## PATENTS—Continued

am. by SOR/98-166, s. 5)—*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16).

PFIZER CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (T-74-03, 2004 FC 1633, Gibson J., order dated 22/11/04, 32 pp.)

## PRACTICE

Judicial review of Minister's refusal to list two patents on ground out of time under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* when Supplementary New Drug Submission (SNDS) filed regarding two patents owned by Genetech, Inc.—Genetech, Inc. owning patent number 1218613 ('613) entitled "Recombinant Immunoglobulin Preparations" and patent number 1321082 ('082) entitled "Method of Treating Tumour Cells by Inhibiting Growth Factor Receptor Function"—Applicant previously filing New Drug Submission (NDS) for Herceptin ('613) in 1998 and receiving notice of compliance (NOC) but not submitting patent list with NDS—Applicant filing SNDS for approval of additional manufacturing site for Herceptin—Health Canada considering patent list for '613 patent should have been filed with 1998 NDS under Regulations, s. 4(3) and within 30 days after '082 patent granted under s. 4(4)—"Notice of compliance" defined in Regulations as notice issued under *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004—S. C.08.004 providing Minister required to issue NOC if warranted after examining new drug submission—*Food and Drug Regulations*, s. C.08.003 stating manufacturer needing approval to continue to sell drug in respect of which NOC has been issued if manufacturer proposing changes—Manufacturer of drug having to file supplement to NDS to cover changes—To submit patent list, manufacturer must be owner, have exclusive licence, or have patent owner's consent—Only evidence applicant eligible to apply for SNDS is patent list—Genetech, American corporation, not eligible to submit patent list since only manufacturer of medicine in Canada eligible—*Bona fides* of applicant in applying for approval of new manufacturing site not questioned by Minister—1998 amendments to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* providing balance between effective enforcement of patent rights; ensuring generic drug products enter market as soon as possible—Case law establishing submission for NOC supporting patent list within meaning of Regulations, s. 4 need not be new drug submission or abbreviated new drug submission, but may be application supplementary to either—*Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627 (F.C.A.) dealing with SNDS for new purpose for which pharmaceutical product could be used—Federal Court of Appeal holding person may submit patent list with SNDS as long as SNDS relating to drug or use of drug—Applicant's SNDS for additional manufacturing site not relating to drug (Herceptin) or use of drug and patent list not supported—Brand names, manufacturing sites incidental to

## PATENTS—Continued

drug and purpose thereof—*Abbott* referring to *bona fides* as warning concocted SNDS for new indication may not serve as basis of patent listing if real purpose to circumvent timing requirements of Regulations—Minister correctly refusing to list applicant's patents—Possible applicant not submitting two patents for listing earlier because applicant not having exclusive licence from consent of patent owner—No evidence when applicant obtaining Genetech's consent to file patent list—Application dismissed—*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3)—*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.08.003 (as am. by SOR/95-411, s. 6), C.08.004 (as am. *idem*).

HOFFMANN-LAROCHE LTD. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-2133-03, 2004 FC 1547, Harrington J., order dated 3/11/04, 14 pp.)

Appeal of Federal Court Judge's interlocutory order requiring Minister to produce confidential information provided by Teva Pharmaceutical Industries Ltd.—Pfizer Canada Inc. and Pfizer Inc. (Pfizer) applying for order under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (Regulations), s. 6 prohibiting Minister from issuing notice of compliance (NOC) to RhoxalPharma Inc. (Rhoxal) for 250 mg azithromycin tablets—Rhoxal contracting with supplier, Teva, for manufacture of proposed product and filing abbreviated new drug submission—Teva providing Minister directly with necessary information about manufacturing process in "drug master file" (DMF) and consenting to incorporation by reference of DMF into Rhoxal's abbreviated new drug submission—Teva submitting DMF to Minister on understanding "closed portion" of DMF to be kept completely confidential—Abbreviated new drug submission comparing Rhoxal's proposed product to Pfizer's patented product Zithromax, Canadian Patent No. 1314876 named as "Azithromycin Dehydrate"—Rhoxal serving Pfizer with notice of allegation under Regulations, s. 5 asserting Pfizer's patent covering only crystalline azithromycin crystallized in presence of less than two molar equivalents of water and alleging Rhoxal's proposed product not infringing Pfizer's patent because crystalline azithromycin used not crystallized in less than two molar equivalents of water—Because of non-infringement allegation, Teva's manufacturing process information needed for prohibition proceedings—In prohibition proceedings, patent holder having onus of proving non-infringement allegation not justified—Regulations, s. 6(7) regarding disclosure of information by second person filing submission for notice of compliance, applying to both information in new drug submission and information incorporated by reference into new drug submission—Pfizer filing notice of motion in Federal Court seeking order under Regulations, s. 6(7)(a),(b) requiring Rhoxal to produce portions of Teva's DMF and Minister to verify information produced corresponding to information on file—Prothonotary

**PATENTS—Concluded**

hearing motion concluding information from closed portion of Teva's DMF relevant and ordering Rhoxal to make best efforts to obtain confidential information—Teva representative refusing to consent to release of confidential information—Pfizer filing second notice of motion seeking order requiring Rhoxal to produce all contents of DMF or alternatively order requiring Minister of Health to produce documents needed—Prothonotary rendering second order specifying Rhoxal failed to make best efforts to obtain information and ordering Rhoxal to produce information sought—Rhoxal filing notice of motion appealing and seeking to quash Prothonotary's second order—Federal Court Judge rendering order under appeal—Judge's order ambiguous, not indicating whether appeal of Prothonotary's second order allowed, dismissed, quashed either in whole or in part—Judge's order interpreted as replacing Rhoxal's obligation to produce Teva information with new obligation imposed on Minister alone to produce confidential information—Minister appealing Judge's order on ground order not authorized by relevant regulations—Prohibition proceedings conducted as applications under *Federal Court Rules, 1998*, Part 5—Rules for discovery or authorization for making order for production only appearing under Rules, Part 4—Order rendered under Regulations, s. 6(7)(a) regarding disclosure of information in second person's new drug submission not broad enough to authorize order directed at Minister—Order under appeal based on error of law since order to provide information from Rhoxal's abbreviated new drug submission directed at Minister—Prothonotary also erring in making second order since record not establishing Rhoxal having Teva information or access thereto—Rhoxal's appeal of Prothonotary's second order should have been allowed—Whether second person using best efforts to obtain drug-making process information question of fact—Rhoxal not owning or controlling Teva and having no knowledge of closed portion of DMF and no means of compelling Teva to disclose contents—If second person fails to comply with order to use best efforts to obtain third party information about manufacturing process for second person's proposed product, appropriate remedy to deny second person any possible advantage derived from unavailability of third party information—Therefore, in prohibition application hearing, second person would have bare allegation of non-infringement and allegation likely not justified—However, if second person uses best efforts to obtain third party information and efforts unsuccessful, second person should suffer no disadvantage but be free to adduce available evidence in support of non-infringement allegation—Appeal allowed—*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6(7)(a) (as am. by SOR/98-166, s. 5), (b) (as am. *idem*)—*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106.

CANADA (MINISTER OF HEALTH) V. PFIZER CANADA INC. (A-91-04, 2004 FCA 402, Sharlow J.A., order dated 1/12/04, 23 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Review Tribunal's (RT) decision made pursuant to *Old Age Security Act* (OAS Act) allowing respondents' appeals from Minister of Human Resources Development's (Minister) decision reducing respondents' benefits under OAS Act—Issues whether RT erred by concluding had jurisdiction to hear appeal from Minister's decision; whether RT erred in concluding respondents' benefits should not be reduced after wife returned to matrimonial home—Both respondents in their 80s, receiving Guaranteed Income Supplement benefits (GIS benefits), married to each other 64 years—In February 2003, wife had to move into long-term care facility; both then considered and dealt with as though single, GIS benefits increased slightly—When wife moved back into matrimonial home, respondents advised no longer "involuntarily separated," GIS benefits dropped back to original level, overpayment created—Husband's request to Minister for reconsideration denied—Appeal to RT—RT addressed only continuing entitlement of couple to GIS benefits as single persons rather than as spouses—Given no definition of "spouse" in statute since 2000, RT considered nature of relationship should be clarified—RT observing marriage requiring involvement in each other's lives, mutual support, sharing, creating unit from two individuals—In RT's view, wife no longer participating in marriage as spouse because of medical condition; therefore couple remaining involuntarily separated, should be treated as single persons in calculating GIS benefits—Application allowed—Issue dealt with by Minister herein, under both OAS Act, ss. 15(3), (3.1), relating to amount of benefit payable to respondents—Accordingly, within mandate of RT to consider appeal of decision pursuant to OAS Act, s. 27.1(1)—However, RT erred in concluding respondents' benefits should not be reduced after wife returned to matrimonial home—On any standard of review, decision cannot stand—Words of OAS Act, s. 15(3)(b) clear: person can be dealt with as though person did not have spouse if situation "result of circumstances not attributable to person or spouse"; if person "not living with spouse . . . in dwelling maintained by person or spouse"—When wife returned to matrimonial home, couple no longer qualified for GIS single benefits, Minister correct to cancel his direction—No intention, in deletion of definition of "spouse" in statute, to extend commonly understood meaning of "spouse" to include emotional ties or other measures of strength or nature of relationship; intent simply to avoid definition of "spouse" no longer according with today's understanding of that term—RT's broad definition of spouse going far beyond words of statute, any reasonable interpretation—Parliament chose objective criteria in OAS Act, s. 15(3)(b); if person spouse, living in matrimonial home, person not meeting requirements to receive higher level of GIS benefits—Unfortunately for couple, requirements of OAS Act, s. 15(3)(b) not met—*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 15(3)(b) (as am. by S.C. 1998, c. 21, s. 111; 2000, c.

**PENSIONS—Concluded**

12, (3.1) (as enacted by S.C. 1998, c. 21, s. 111), 27.1(1) (as enacted by S.C. 1995, c. 33, s. 16; 1997, c. 40, s. 100).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. LEAVITT (T-1511-04, T-1512-04, 2005 FC 664, Snider J., order dated 12/5/05, 21 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Foreign plaintiffs—Defendants moving for order for security for costs under *Federal Courts Rules*, r. 416 to be paid by plaintiffs, North Dakota towns, cities—Plaintiffs in main proceeding claiming defendants liable for flooding damage caused by construction, maintenance, operation of dike on Canadian side of international border, requiring defendants to remove dike, re-establish land to prairie grade—Issue whether Court's discretion under Rules, r. 416 should be exercised in favour of defendants—Plaintiffs ordinarily residing outside Canada, having no assets in Canada—Both Government of Manitoba, municipal defendants stand to incur substantial fees, disbursements in defending action; draft bill of costs estimating Manitoba's legal fees at \$176,335.20, disbursements of \$80,000; similar amount claimed by municipal defendants—Security for costs under Rules, r. 416(1) not automatic entitlement; Court retaining discretion to deny request where defendant in no real jeopardy of recovering costs—Motion denied—Plaintiffs having special status as action brought under *International Boundary Waters Treaty Act*—Treaty providing foreign resident with same rights, in relation to international boundary waters, as if person resident in Canada—Act, s. 4(1) providing plaintiffs having same rights, remedies as if property, undertakings damaged by actions of defendants located in Canada—Claimants should therefore be accorded equal treatment with respect to access to courts of justice within territory of other party, in all degrees of jurisdiction, both in pursuing, defending rights—Rules, r. 416 ought therefore not work to plaintiffs' disadvantage or be interpreted to plaintiffs' prejudice—Existence of reciprocal enforcement legislation significant factor militating in favour of plaintiffs: *Greensteel Industries Ltd. v. Binks Manufacturing Co. of Canada Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 45 (C.A.)—Evidence plaintiffs having sufficient assets to pay defendants' costs; having ability to raise necessary funds through levies, taxation—Finally, in lieu of security for costs, plaintiffs have offered to undertake to pay any judgment for costs awarded to defendants herein, without necessity of defendants having to commence proceedings in State of North Dakota, and to file formal undertaking satisfactory to Court—Proposal reasonable, as contractually binding plaintiffs to pay any judgment order to be paid, preventing governmental immunity to be raised as bar to recovery—Plaintiffs exempted from requirement to post security for costs, conditional upon filing of satisfactory

**PRACTICE—Continued**

undertaking—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 416—*International Boundary Waters Treaty Act*, R.S.C., 1985, c. 1-17, s. 4(1).

PEMBINA COUNTY WATER RESOURCE DISTRICT V. MANITOBA (T-745-04, 2005 FC 1226, Lafrenière P., order dated 8/9/05, 9 pp.)

Action for trade-mark infringement dismissed, appeal therefrom dismissed—Impact of defendants' offer to settle on costs—Offer expired "one minute after commencement of hearing of action"—*Federal Courts Rules*, r. 420(2)(b) providing defendant entitled to double its costs from date of offer until date of judgment—Until recently rule stipulated that offer must not be revoked—Some judges interpreting requirement strictly, refusing to apply rule to offers that expired at commencement of trial: *Francosteel Canada Inc. v. African Cape (The)*, [2003] 4 F.C. 284 (C.A.)—Others recognizing such offers qualify under rule: *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser* (2002), 19 C.P.R. (4th) 524 (F.C.T.D.) (QL)—Rule recently amended to clarify that offers that remain open until beginning of trial can give rise to double costs—*Francosteel* interpretation binding—While settlement offer not qualifying for double costs, offer may be considered within overall discretion regarding costs under Rules, r. 400—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400, 420(2)(b) (as am. by SOR/2005-340, s. 1).

TRADITION FINE FOODS LTD. V. OSHAWA GROUP LTD. (THE) (T-2112-99, 2006 FC 93, O'Reilly J., order dated 30/1/06, 6 pp.)

**PARTIES***Standing*

In May 2003, Canadian Minister of Fisheries and Oceans (MFO) announced increase in Total Allowable Catch (TAC) in northeastern shrimp fishery for 2003—Application for judicial review not challenging increase in TAC for northern shrimp fishery at large, nor increase in TAC for particular area (SFA 1), but rather allocation of increase in SFA 1 TAC among various fishery interests—Applicant alleging MFO's decision failed to reflect particular consideration of relevant principles required by Nunavut Land Claims Agreement (NLCA), failed to reflect recommendation of Independent Panel on Access Policy (IPAC) previously accepted by MFO—Applicant also alleging MFO erred in law in failing to take into consideration factors of adjacency, economic dependence MFO has duty to consider under NLCA; in failing to take into consideration report, recommendation of IPAC and Minister's announced acceptance of recommendation—Allocation of fishery resources quotas in waters adjacent to Baffin Island

**PRACTICE—Continued**

before Courts twice before: *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1997), 134 F.T.R. 246 (F.C.T.D.); affd [1998] 4 F.C. 405 (C.A.); *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1999), 176 F.T.R. 44 (F.C.T.D.); affd (2000), 262 N.R. 219 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 18/10/01—Preliminary decision: Attorney General of Nunavut Territory (AGNT) lacking standing to bring application—(1) AGNT not person directly affected by decision under review within meaning of *Federal Courts Act*, s. 18.1(1): *Ward v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 S.C.R. 569—MFO's relevant authority in no way qualified in this regard by legislative authority of Nunavut Territory—Furthermore, no other interest of applicant directly affected by decision under review—(2) Applicant not establishing public interest standing—Application of tripartite test in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236: (a) no legislation before Court validity of which at issue; however, if MFO's act in allocating quota read as tantamount to legislative act, serious issue as to validity of MFO's quota allocation; (b) AGNT acting on behalf of Government of Nunavut, only indirectly affected, not "directly affected" by validity of quota allocation; (c) existence of another "reasonable and effective way" to bring MFO's quota allocation decision before Court: judicial review application instituted by Nunavut Tunngavik Incorporated—Applicant lacking standing to initiate application for judicial review—However, in interest of judicial economy to deal with other issues: *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367—Mootness—Series of fishery quota allocation cases in Federal Court, Federal Court of Appeal demonstrating there remains "live controversy" among parties to application for judicial review—Issue not academic—Therefore, core issue on application for judicial review not "moot"—In public interest that substance of application for judicial review be determined—Standard of review applicable herein that of "patent unreasonableness": *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; *Nunavut Tunngavik Inc. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (F.C.A.)—Application dismissed—On facts, Minister did give special consideration to principle of adjacency and to economic dependence of communities of Nunavut Settlement Area on marine resources as required by NLCA, s. 15.3.7—Court finding IPAC, in report, very careful in its use of language, understood its mandate to be solely related to question of access, not to question of allocation—Although Memorandum before MFO made no specific reference to constitutionalized obligation of Government of Canada under NLCA, s. 15.3.7, spirit of NLCA permeated Memorandum before MFO, largely underlying recommendation made to MFO with respect to allocation of northern shrimp fishery quota with respect to SFA 1—MFO's decision therefore not

**PRACTICE—Continued**

patently unreasonable—Finally, decision equitable in all respects—Took into account not only constitutionalized principles in NLCA, s. 15.3.7, but also interests of all other stakeholders in northern shrimp fishery in SFA 1—*Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in Right of Canada*, May 25, 1993, s. 15.3.7—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

NUNAVUT TERRITORY (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1070-03, 2005 FC 342, Gibson J., order dated 8/3/05, 38 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Appeal from order dismissing motion to dismiss action for want of jurisdiction—Plaintiff, appointed in 1989 to position with Canadian Security Intelligence Service (CSIS), dismissed on July 7, 1999 by CSIS Director because denied security clearance necessary for performance of duties—Security Intelligence Review Committee investigated complaint filed by plaintiff and prepared report with recommendations to CSIS Director—CSIS Director maintained decision—In November 2001, plaintiff brought action in extra-contractual civil liability based essentially on lawfulness of dismissal under *Crown Liability and Proceedings Act*—After filing summary judgment to dismiss plaintiff's action and after Federal Court Judge referred matter to Judge on merits, applicant, relying on *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (F.C.A.) and *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146, filed motion to dismiss based on *Federal Courts Act*, s. 17 (Court's lack of jurisdiction to hear action)—Appeal attacking decision by Prothonotary dismissing motion—Appeal allowed—Prothonotary erred in law in declining to follow principles established in *Tremblay* clearly stating no cause of action against decisions by federal boards, commissions or other tribunals unless decisions first declared unlawful on judicial review under *Federal Courts Act*, ss. 18, 18.1—Crux of issue lies in lawfulness or unlawfulness of decisions by Review Committee to recommend that CSIS Director deny security clearance and by CSIS Director to approve dismissal—Plaintiff cannot proceed by way of action since invalidity of decision is at heart of claim and relief sought depends on alleged invalidity—Further, allowing case to proceed as action would run counter to principles established by Supreme Court of Canada in *Vaughan*, deciding that federal public servant must follow process set out in *Public Service Staff Relations Act*, ss. 91 et seq. against employer and cannot bring action against employer because judicial review of decision only avenue open—S.C.C. repeatedly stressed that while courts retain residual jurisdiction, courts "should not jeopardize the

**PRACTICE—Concluded**

comprehensive dispute resolution process contained in the legislation by permitting routine access to the courts” —When statutory scheme comprehensive (like the complaint process here) and provides solution to problem raised, bypassing scheme by bringing independent action should not be routine or easy—Court therefore does not have jurisdiction to hear plaintiff’s action; plaintiff’s statement of claim struck—*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14); 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27)—*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 91.

TREMBLAY V. CANADA (T-2079-01, 2005 FC 728, Tremblay-Lamer J., order dated 20/5/05, 12 pp.)

**SERVICE**

Motion for interim, interlocutory injunction restraining defendants from decoding plaintiffs’ encrypted television programming signals, reproducing programs on internet—Issues whether (pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, rr. 136(1), 147) service of statement of claim, motion record should be validated, and order for substituted service or dispensing with service should be granted; whether interim, interlocutory injunction should be granted—(1) After having made diligent, reasonable efforts to effect personal service on defendants, plaintiffs sent copies of statement of claim, motion materials to defendants’ verified e-mail addresses—Substituted service exception to general requirement for personal service; reasonable efforts to effect personal service must be established; substitution must be acceptable, reasonable, bearing in mind object of such order to bring notice of proceedings to attention of defendant: *Clipper Ship Supply Inc. v. Samatour Shipping Co.* (1984), 19 F.T.R. 15 (F.C.T.D.) applied—Pursuant to Rules, service validly effected on defendants by e-mail—(2) Application of tripartite test for interim, interlocutory injunctions as set out in *RJR — MacDonalld Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—Possible infringement of *Radiocommunication Act*, *Copyright Act*, *Trade-marks Act* raising serious issue to be tried—On evidence, plaintiffs would suffer irreparable harm if defendant permitted to continue activities—Balance of convenience in favour of plaintiffs—Motion for interim injunction granted—*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 136(1), 147—*Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2—*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13.

TELEWIZJA POLSAT S.A. V. RADIOPOL INC. (T-1402-05, 2005 FC 1179, Kelen J., order dated 29/8/05, 12 pp.)

**PRIVACY**

Appeal from Federal Court decision (2004 FC 1171) RCMP’s refusal to disclose to respondent personal information, sought under *Privacy Act*, s. 12(1), could not be justified under Act, s. 22(1)(a) (refusal permitted where personal information obtained “in the course of lawful investigations”)—Appeal allowed—Information herein obtained by RCMP for specific purpose of giving effect to extradition proceedings (for purpose, *inter alia*, of locating, arresting respondent) commenced by Department of Justice against respondent, at request of U.S.A.—Federal Court concluded no investigation had taken place as only actions taken by RCMP involved placing, subsequently removing, applicant’s name in CPIC (Canadian police database), communicating by e-mail with Department of Justice relating to status of extradition proceedings—Importance of information obtained by RCMP irrelevant to determination to be made under Act, s. 22(1)(a); if obtained under circumstances described therein, exemption to disclosure applicable—Ordinary meaning of words “investigation,” “investigate,” broad enough to encompass RCMP’s activities in obtaining information herein—“Investigation” must be given broad meaning: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773—RCMP’s activities (monitoring respondent’s progress throughout extradition process, gathering information regarding process) constituting investigation within meaning of Act, s. 22(1)(a)—Judge clearly wrong to conclude information not obtained in course of investigation—Respondent’s judicial review application should be dismissed—*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1) (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 269), 22(1)(a).

MAYDAK V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (A-518-04, 2005 FCA 186, Nadon J.A., judgment dated 19/5/05, 8 pp.)

**PUBLIC SERVICE****JURISDICTION**

Judicial review of decision of adjudicator appointed under *Public Service Staff Relations Act (PSSRA)*, s. 92—Respondent, lawyer with Veterans Affairs Canada, ordered by Department’s Director General, Human Resources Division, in compliance with Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service, to refuse \$5,000 bequest provided in will of veteran’s widow respondent had assisted five years before and had not been in contact with since—Respondent complied, then grieved decision—As grievance unsuccessful at all levels, respondent referred matter for adjudication under PSSRA, s. 92, commenced application for judicial review of final grievance decision—Applicant herein seeking to set aside adjudicator’s decision on basis adjudicator had no jurisdiction under PSSRA, s. 92, erred on merits of case by finding no conflict with Code—Application

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

allowed—PSSRA, s. 92(1)(b)(i) requiring, for adjudicator to have jurisdiction, “disciplinary action resulting in suspension or a financial penalty” in respect of employee—Adjudicator, having noted employee refusing to comply with Code “subject to appropriate disciplinary action up to and including discharge” (s. 33), of view not necessary for employee to breach order before having recourse to adjudication—Adjudicator of view reasonable to expect if respondent had refused to return bequest, would have been disciplined and some financial penalty would have been applied, thus meeting criterion of “disciplinary action resulting in suspension or a financial penalty”—Adjudicator basing jurisdiction on apprehended disciplinary action, apprehended financial penalty—Standard of review on jurisdictional issue reasonableness *simpliciter*: applying language of PSSRA, s. 92(1)(b)(i) to facts of case to determine whether matter “disciplinary action resulting in suspension or financial penalty” mixed question of fact and law—Adjudicator’s decision matter coming within language of PSSRA, s. 92(1)(b)(i) unreasonable—Provision referring to actual disciplinary action resulting in suspension or financial penalty, not possible disciplinary action—Fact adjudication not open to respondent not leading to serious injustice as possible to seek judicial review of final grievance decision in Federal Court—Unreasonable of adjudicator to interpret phrase “disciplinary action” as including possible, or even probable, disciplinary action—Not necessary to decide whether “financial penalty” herein in forced return of bequest—For present purposes, sufficient to say could not have been financial penalty “resulting” from disciplinary action as no disciplinary action taken—In view of decision on matter of jurisdiction, unnecessary to review decision on merits—Merits can be addressed on judicial review of final grievance decision—*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92(1)(b)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ASSH (T-1596-04, 2005 FC 734, Strayer D.J., order dated 24/5/05, 10 pp.)

**TRADE-MARKS****PRACTICE**

Application for injunction preventing defendants from using name “Advantage” pending trial—Application dismissed—Jurisdiction of Court to issue interlocutory injunction preventing holder of registered trade-mark from using its mark—Although *Trade-marks Act*, s. 19 containing powerful expression of rights of holders of registered marks (*Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 59 O.R. (3d) 607 (C.A.); affg (2001), 11 C.P.R. (4th) 199 (Ont. S.C.J.)), Act cannot be read as preventing Court from enjoining use of registered mark when validity of mark under attack—Applicant for injunction must meet tripartite test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1

**TRADE-MARKS—Continued**

S.C.R. 311: serious legal issue to be tried; irreparable harm to applicant’s interests if injunction not granted; applicant will suffer greater harm than respondent—To acknowledge trade-mark holders immune from injunction because Act protecting their rights until mark definitely declared invalid would simultaneously constrict Court’s powers to issue injunctions too greatly and would broaden protection provided by Act too far—Fact Court generally wary of interfering with rights of trade-mark holder on injunction application not meaning Court lacking jurisdiction even to embark on analysis—Act, s. 19 not to be read as saying trade-mark holder has right to exclusive use of mark “unless and until it has been declared invalid,” nor interpreted so broadly as to eliminate possibility of trade-mark holder being object of injunction—Although plaintiff has shown genuine issue about registrability of defendant’s mark for “Advantage Rent-A-Car,” irreparable harm not established—Customers’ accusations aimed at plaintiff intended for defendants—Confusion primarily harming defendants; defendants ones ultimately receiving complaints from disgruntled travellers—Harm compensable in damages if plaintiff successful at trial—Plaintiff not showing harm of nature or magnitude as to meet test for irreparable harm established in case law—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60).

ADVANTAGE CAR & TRUCK RENTALS V. 1611864 ONTARIO INC. (T-1760-04, 2005 FC 325, O’Reilly J., order dated 7/3/05, 10 pp.)

**REGISTRATION**

Appeals from Trade-marks Opposition Board (T.M.O.B.) decision refusing applications for trade-marks for stitching designs on jeans (mirror image pocket stitching design trade-marks) (Vivat marks)—Levi Strauss & Co. opposed application on basis of confusion with Levi’s double arcuate design trade-mark on back pocket of Levi jeans (Levi mark); on basis of non-distinctiveness in light of Levi’s double arcuate design trade-mark—Issue whether Vivat marks confusing with Levi mark—Application of *Trade-marks Act*, ss. 6, 12(1)(d), 16(3)(a), (b)—T.M.O.B. held balance of probabilities evenly balanced between finding no reasonable likelihood of confusion, reasonable likelihood of confusion—As onus on applicant, applications to register Vivat’s marks refused—Appeals dismissed—On appeal under Act, s. 56, applicable standard of review reasonableness: *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.); *Christian Dior, S.A. v. Dion Neckware Ltd.*, [2002] 3 F.C. 405 (C.A.)—T.M.O.B. reasonably concluded, based on evidence before it, Levi mark, Vivat marks containing common element: double arch comprised of double stitching—Applicants’ contention any jeans on market bearing decorative stitching should be considered casting too wide net to yield any meaningful comparison—Proper for T.M.O.B. to consider

**TRADE-MARKS—Continued**

extent of use of third party marks bearing common element—T.M.O.B. correct in observing visual differences (factor favouring applicant), but dominant feature of both design double arch-double stitching (factor weighing heavily in favour of respondent)—Based on evidence before T.M.O.B., additional evidence filed on appeals, number of third party stitchmarks on register or in market meeting double arch-double stitching profile not extensive—Applicant did not establish third party designs bearing common element (double arch-double stitching) in “fairly extensive use” in marketplace—Evidence of mere coexistence of marks on foreign registers not relevant; evidence of foreign opposition on unproven records under foreign law not probative—No evidence which may point to unlikelihood of confusion; no evidence of extensive concurrent use (see *Christian Dior, S.A. v. Dion Neckware Ltd.*), therefore T.M.O.B. not required to consider

**TRADE-MARKS—Concluded**

absence of evidence of actual confusion—Consumer’s “first impression” cannot be stretched so far as to encompass impression left after garment handled, closely inspected, tried on for size, appearance—Applicant did not take issue with T.M.O.B.’s findings that: extent to which parties’ marks have become known favouring respondent; length of time parties’ marks have been in use strongly favouring respondent; nature of wares clearly favouring respondent; channels of trade would be same or overlapping—Proper reading of T.M.O.B. decision leaving no doubt decision reasonable, in most respects correct—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 12(1)(d), 16(3)(a), (b), 56.

VIVAT HOLDINGS LTD. v. LEVI STRAUSS & CO.  
(T-2456-03, T-2457-03, 2005 FC 707, Layden-Stevenson J., order dated 19/5/05, 31 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/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## BREVETS

Appel d'un jugement de la Cour fédérale (*GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)* 2004 CF 1725) ayant rejeté la demande de contrôle judiciaire déposée par l'appelante à l'encontre du refus du ministre de la Santé d'inscrire les brevets canadiens n<sup>os</sup> 1298479 et 2031393 au registre des brevets parce qu'ils couvrent tous deux les comprimés à libération contrôlée du médicament chlorhydrate de paroxétine—Les brevets visent un système pour la libération contrôlée de substances actives, dont des « pesticides, herbicides, engrais, désodorisants pour la maison, médicaments ou, de façon générale, tout type de substance qui doit être libérée à régime contrôlé dans un fluide aqueux »—Il s'agit de déterminer si les brevets comportent « une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament » au sens de l'art. 4(2)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*—Le juge saisi de la demande a conclu que, dans les revendications de chaque brevet, il n'y avait aucune revendication explicite à l'égard du médicament chlorhydrate de paroxétine ni à l'égard de son utilisation—Appel rejeté—Les revendications exposées dans les brevets ne contiennent pas d'indication « pour le médicament en soi » (une expression définie à l'art. 2 du *Règlement sur l'AC*), si ce n'est par l'emploi d'une « substance active »—Ces mots sont trop imprécis pour satisfaire à la condition prévue à l'art. 4(2)b) du *Règlement sur l'AC*—Un témoignage d'expert ne saurait pallier l'insuffisance des indications tirées du libellé des revendications exposées dans les brevets—Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concourants) : il s'agit de savoir si les brevets doivent décrire un mode ou procédé de fabrication du chlorhydrate de paroxétine en soi, ou s'il suffit qu'ils décrivent un mode ou procédé de fabrication d'une version du chlorhydrate de paroxétine à libération contrôlée—Proposition d'une nouvelle approche fondée sur la dichotomie entre le dispositif et la charge utile qui est véhiculée : le brevet protège-t-il le dispositif ou la charge utile?—En l'espèce, il est clair que les brevets visent à protéger le dispositif—*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*,

## BREVETS—Suite

DORS/93-133, art. 2 « revendication pour le médicament en soi », 4(2)b) (mod. par DORS/98-166, art. 3).

GLAXOSMITHKLINE INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-686-04, 2005 CAF 197, juges Desjardins et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 24-5-05, 21 p.)

## CONTREFAÇON

Demande en vue d'obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* interdisant au ministre de la Santé de délivrer, avant l'expiration du brevet canadien n<sup>o</sup> 1314876 (le brevet '876), un avis de conformité (AC) à Novopharm Limited (Novopharm) relativement à des comprimés d'azithromycine de 250 mg à être administrés par voie orale—Les demanderesse sollicitaient subsidiairement une ordonnance accordant réparation au titre des « conséquences graves »—Le brevet '876, intitulé « Dihydrate d'azithromycine », est inscrit à l'égard des comprimés d'azithromycine Zithromax en doses de 250 mg des demanderesse—La revendication 1 porte sur le dihydrate d'azithromycine cristallisé; la revendication 5 porte sur les compositions pharmaceutiques renfermant une quantité à activité antibiotique de dihydrate d'azithromycine sous forme cristallisée non hygroscopique—Dans son avis d'allégation, Novopharm alléguait que son produit (l'azithromycine de Novopharm) ne contrefaisait pas les revendications 1 et 5 relatives au brevet '876, qui concernent respectivement le produit et sa composition—Elle alléguait que son produit ne contient pas de dihydrate d'azithromycine sous forme de cristaux étant donné que son azithromycine est du monohydrate d'azithromycine, qui est stable et qui ne se transforme pas en dihydrate d'azithromycine—Novopharm a l'intention d'importer en vrac et de préparer son « produit Novopharm » au Canada à partir du produit importé—1) Suffisance de l'avis d'allégation et fardeau de la preuve—Dans l'avis d'allégation, il n'est aucunement question de « l'utilisation » au Canada par Novopharm du produit qu'elle

**BREVETS—Suite**

va importer—De plus, l'exposé détaillé ne précise pas si du dihydrate est utilisé ou formé durant la fabrication des comprimés d'azithromycine de Novopharm, privant ainsi les demanderesse des avantages afférents au brevet '876—La « doctrine de l'arrêt *Saccharin* » s'applique au Canada dans les affaires de contrefaçon de brevet dans lesquelles il est question d'« exploitation » (lorsqu'on utilise un procédé breveté pour fabriquer le produit)—Suivant l'interprétation que lui ont donné les tribunaux, le terme « exploiter », qui figure à l'art. 42 de la *Loi sur les brevets*, s'applique tant aux produits brevetés qu'aux procédés brevetés—Cette règle, dont la portée est large, n'est toutefois applicable que si le brevet joue un rôle important dans la fabrication—Suivant la loi, un défendeur contrefait un brevet s'il fabrique, cherche à exploiter ou exploite un élément breveté contenu dans une chose non brevetée, à condition que l'élément breveté soit important—Il incombait à Novopharm de « soulever » tous les aspects de la question de la non-contrefaçon dérivant de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé—L'avis d'allégation était manifestement irrégulier étant donné qu'il n'abordait pas la question de la contrefaçon du brevet '876 par Novopharm par suite de l'utilisation du monohydrate d'azithromycine au cours du processus de fabrication à l'étranger—Le monohydrate d'azithromycine est une composante importante du produit de Novopharm—2) Caractère adéquat des échantillons fournis aux fins d'analyse—Force probante des données d'analyse incertaine étant donné que les matières mises à cette fin à la disposition de la demanderesse et celles mises à la disposition des experts des défendeurs étaient différentes—La question de savoir si les comprimés de Novopharm se convertiraient avec le temps en dihydrate d'azithromycine n'a pas été tranchée—Si une telle conversion devait ultérieurement se produire, il y aurait alors lieu de prononcer une ordonnance accordant réparation au titre des « conséquences graves »—Les demanderesse ne se sont pas acquittées de la charge ultime qui leur incombait de démontrer, selon la prépondérance de la preuve, que le monohydrate d'azithromycine en vrac se transforme en dihydrate d'azithromycine ou en contient—L'avis d'allégation de Novopharm était irrégulier et les demanderesse ont pleinement étayé cette question dans leur demande introductive d'instance—Novopharm ne pouvait dans le cadre de la présente instance « corriger » son avis d'allégation au moyen d'éléments de preuve et, de toute façon, Novopharm n'a soumis aucune preuve en ce sens—Demande accueillie—*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5)—*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16).

PFIZER CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-74-03, 2004 CF 1633, juge Gibson, ordonnance en date du 22-11-04, 34 p.)

**BREVETS—Suite**

## PRATIQUE

Contrôle judiciaire du refus du ministre d'inscrire au registre deux brevets au motif que le délai prévu par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* était expiré lorsque la présentation d'un supplément à une présentation de drogue nouvelle (SPDN) a été déposée au sujet de deux brevets appartenant à Genetech Inc.—Genetech Inc. est propriétaire du brevet 1218613 (le brevet '613) intitulé « Préparations d'immuno-globuline recombinante » et du brevet 1321082 (le brevet '082) intitulé « Méthode de traitement des cellules tumorales par inhibition de la fonction de réception du facteur de croissance »—En 1998, la demanderesse avait déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) pour l'Herceptin (le brevet '613); un avis de conformité lui avait été délivré mais elle n'avait pas soumis de liste de brevets avec sa PDN—La demanderesse a déposé un SPDN en vue d'obtenir l'approbation pour exploiter une nouvelle usine de fabrication de l'Herceptin—Santé Canada était d'avis que, suivant l'art. 4(3) du *Règlement*, la liste de brevets relative au brevet '613 aurait dû être déposée en même temps que la PDN de 1998 et que la liste de brevets devait, aux termes de l'art. 4(4) du *Règlement*, être déposée dans les 30 jours suivants la délivrance du brevet '082—Le *Règlement* définit l'avis de conformité comme l'avis délivré au titre de l'art. C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*—L'art. C.08.004 oblige le ministre à délivrer un avis de conformité si cette mesure est justifiée après examen de la présentation de drogue nouvelle—L'art. C.08.003 oblige le fabricant qui se propose d'apporter certains changements à un médicament à obtenir l'autorisation du ministre pour pouvoir continuer à vendre un médicament à l'égard duquel un avis de conformité a été délivré—Le fabricant doit déposer un supplément à la PDN pour couvrir tout changement—Pour avoir le droit de déposer une liste de brevets, le fabricant doit aussi en être le propriétaire, être titulaire d'une licence exclusive ou obtenir le consentement du propriétaire du brevet—Le seul élément de preuve tendant à démontrer que la demanderesse a le droit de déposer un SPDN est la liste de brevets—Genetech, la société américaine, n'aurait pas pu demander l'inscription des brevets au registre parce que seul celui qui se propose de fabriquer le médicament au Canada pouvait présenter une telle demande—Le ministre ne mettait pas en doute la bonne foi de la demanderesse lorsqu'elle a demandé l'approbation de sa nouvelle usine de fabrication—Les modifications apportées en 1998 au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* visaient à trouver un équilibre entre la nécessité de faire respecter efficacement les droits conférés par les brevets et l'impératif de permettre la commercialisation rapide des médicaments génériques—Il ressort de la jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire que la demande d'avis de conformité qui est susceptible d'appuyer une liste de brevets au sens de l'art.

**BREVETS—Suite**

4 du Règlement soit une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle : un supplément à l'une ou l'autre suffit—L'affaire *Laboratoires Abbott c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 154, [2004] A.C.F. n° 708 (QL) concernait un SPDN portant sur une nouvelle indication, c'est-à-dire une nouvelle utilisation possible du produit pharmaceutique—La Cour d'appel fédérale a conclu qu'une personne peut soumettre une liste de brevets accompagnée d'un SPDN à condition que le SPDN se rapporte à la drogue visée ou à son utilisation—Le SPDN de la demanderesse concernait une nouvelle usine et non le médicament (Herceptin) ou son utilisation, de sorte que le dépôt d'une liste de brevets n'était pas justifié—Les questions telles que les marques nominatives ou les usines de fabrication constituent des aspects secondaires du médicament et de ses utilisations—En faisant allusion à la bonne foi dans l'arrêt *Abbott*, la Cour voulait faire savoir qu'un SPDN artificiel visant une nouvelle indication ne pouvait justifier le dépôt d'une liste de brevets si le véritable objectif poursuivi est de contourner les délais prévus par le Règlement—Le ministre a eu raison de refuser d'inscrire les brevets—Il se peut donc fort bien que la demanderesse n'ait pas demandé plus tôt l'inscription des brevets au registre parce qu'elle n'avait pas obtenu une licence exclusive du propriétaire du brevet ou le consentement de celui-ci—Aucun élément de preuve ne permettait de savoir quand la demanderesse a obtenu pour la première fois le consentement de Genetech pour déposer la liste en question—Demande rejetée—*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3)—*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.003 (mod. par DORS/95-411, art. 6), C.08.004 (mod., *idem*).

HOFFMANN-LAROCHE LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-2133-03, 2004 CF 1547, juge Harrington, ordonnance en date du 3-11-04, 14 p.)

Appel de l'ordonnance interlocutoire prononcée par une juge de la Cour fédérale enjoignant au ministre de produire certains renseignements confidentiels fournis par Teva Pharmaceutical Industries Ltd.—Pfizer Canada Inc. et Pfizer Inc. (Pfizer) ont présenté une demande en vue d'obtenir une ordonnance fondée sur l'art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à RhoxalPharma Inc. (Rhoxal) pour des comprimés de 250 mg d'azithromycine—Rhoxal a conclu un contrat avec un fournisseur, Teva, pour la fabrication de son produit projeté et a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle—Teva a fourni directement au ministre les renseignements nécessaires concernant le procédé de fabrication dans une « fiche maîtresse du médicament » (FMM), et a consenti à ce que

**BREVETS—Suite**

celle-ci soit incorporée par renvoi dans la présentation abrégée de drogue nouvelle déposée par Rhoxal—Teva a soumis la FMM au ministre, croyant comprendre que le contenu de la « partie scellée » de la fiche demeurerait entièrement confidentiel—La présentation abrégée de drogue nouvelle établissait une comparaison entre le produit projeté de Rhoxal et le produit Zithromax de Pfizer, visé par le brevet canadien n° 1 314 876, intitulé « Dihydrate d'azithromycine »—Rhoxal a signifié à Pfizer un avis d'allégation en application de l'art. 5 du Règlement, affirmant que le brevet de Pfizer ne visait que l'azithromycine cristallin, lequel se cristallise dans moins de deux équivalents molaires d'eau, et que le produit projeté de Rhoxal ne contreferaient pas le brevet Pfizer parce qu'il utilisait de l'azithromycine cristallin qui ne se cristallise pas dans moins de deux équivalents molaires d'eau—Compte tenu de l'allégation de non-contrefaçon, les renseignements fournis par Teva concernant le procédé de fabrication étaient nécessaires pour la procédure d'interdiction—Dans le cadre de cette procédure, il incombe au titulaire du brevet de prouver que l'allégation de non-contrefaçon n'est pas fondée—L'art. 6(7) du Règlement, portant sur la communication de renseignements par la seconde personne qui demande un avis de conformité, s'applique aux renseignements contenus dans la présentation de drogue nouvelle et à ceux qui y sont incorporés par renvoi—Pfizer a déposé un avis de requête à la Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance fondée sur les art. 6(7)a) et b) du Règlement, enjoignant à Rhoxal de produire des extraits de la FMM de Teva, et au ministre de vérifier que les renseignements produits correspondent aux renseignements que renferme son dossier—La protonotaire saisie de la requête a conclu à la pertinence des renseignements contenus dans la partie scellée de la FMM de Teva et a ordonné à Rhoxal de faire de son mieux pour obtenir les renseignements confidentiels—Le représentant de Teva a refusé de produire les renseignements confidentiels—Pfizer a déposé un deuxième avis de requête en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Rhoxal de produire tout le contenu de la FMM ou, subsidiairement, une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé de produire tous les documents nécessaires—La protonotaire a prononcé une deuxième ordonnance, précisant que Rhoxal n'avait pas fait de son mieux pour obtenir les renseignements, et enjoignant à celle-ci de fournir les renseignements demandés—Rhoxal a déposé un avis de requête en appel et en annulation de la deuxième ordonnance prononcée par la protonotaire—Une juge de la Cour fédérale a prononcé l'ordonnance faisant l'objet de l'appel—L'ordonnance prononcée par la juge était ambiguë, car elle n'indiquait pas si l'appel de la deuxième ordonnance rendue par la protonotaire était accueilli ou rejeté, ni si cette ordonnance était annulée en tout ou en partie—Selon l'interprétation qui en a été faite, l'ordonnance de la juge remplaçait l'obligation faite à Rhoxal de produire les

**BREVETS—Fin**

renseignements fournis par Teva par une nouvelle obligation, imposée au ministre seulement, de produire les renseignements confidentiels—Le ministre s'est pourvu en appel contre l'ordonnance de la juge au motif que l'ordonnance n'était autorisée par aucune réglementation pertinente—La procédure d'interdiction doit être traitée comme une demande fondée sur la partie 5 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*—Les règles applicables en matière de communication préalable des documents et d'interrogatoire préalable ne figurent que dans la partie 4 des Règles—L'art. 6(7)a) du Règlement, qui prévoit la possibilité de prononcer une ordonnance portant divulgation des renseignements contenus dans la présentation abrégée de drogue nouvelle déposée par la seconde personne, n'a pas une portée suffisante pour permettre une ordonnance visant le ministre—L'ordonnance visée par l'appel reposait sur une erreur de droit dans la mesure où elle ordonnait au ministre de fournir des renseignements extraits de la présentation abrégée de drogue nouvelle soumise par Rhoxal—La protonotaire a aussi commis une erreur en prononçant la deuxième ordonnance, puisque rien au dossier ne permettait d'établir que Rhoxal avait en sa possession les renseignements de Teva ou qu'elle y avait accès—L'appel de Rhoxal contre la deuxième ordonnance rendue par la protonotaire aurait dû être accueilli—La question de savoir si la seconde personne a fait de son mieux pour obtenir les renseignements relatifs au procédé de fabrication de la drogue est une question de fait—Rhoxal n'est pas propriétaire de Teva et ne la contrôle pas; elle ne savait rien des renseignements contenus dans la partie scellée de la FMM et elle ne disposait d'aucun moyen pour contraindre Teva à les divulguer—Si une seconde personne ne se conforme pas à une ordonnance lui imposant de faire de son mieux pour obtenir d'un tiers des renseignements relatifs au procédé de fabrication de son produit projeté, il convient de la priver de tous les avantages qu'elle pourrait tirer de l'inaccessibilité des renseignements détenus par le tiers—À l'audition de la demande d'interdiction, la seconde personne ne présente-rait donc qu'une simple allégation de non- contrefaçon, laquelle serait vraisemblablement non fondée—Par ailleurs, si la seconde personne fait de son mieux pour obtenir les renseignements détenus par le tiers et que ses efforts demeurent vains, elle ne devrait alors subir aucun inconvénient et devrait pouvoir présenter les éléments de preuve dont elle dispose pour étayer son allégation de non-contrefaçon—Appel accueilli—*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, art. 6(7)a) (mod. par DORS/98-166, art. 5), b) (mod., *idem*)—*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106.

CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) C. PFIZER CANADA INC.  
(A-91-04, 2004 CAF 402, juge Sharlow, J.C.A.  
ordonnance en date du 1-12-04, 23 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI***Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SAI) a conclu qu'elle avait compétence pour réexaminer le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi accordé au défendeur—Dans la même demande, la Cour [(2004), 42 Imm. L.R. (3d) 52] avait précédemment renvoyé l'affaire à la SAI pour lui permettre de décider si le défendeur avait violé les conditions du sursis accordé en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, conservant ainsi la compétence pour trancher la question de savoir si la SAI a compétence pour examiner le sursis—Le défendeur, un citoyen britannique, est un résident permanent du Canada—Il a été déclaré coupable d'infractions reliées à la drogue à plusieurs intervalles et condamné à l'emprisonnement—Le défendeur ayant fait l'objet de rapports d'interdiction de territoire, une mesure d'expulsion a été prise contre lui—Il a interjeté appel devant la SAI en invoquant des considérations fondées sur l'équité, dont le fait qu'il était marié et avait une fille et une belle-fille—La SAI lui a accordé un sursis sous certaines conditions, dont celles de ne pas consommer ni vendre de drogues illicites—La SAI a subséquemment réexaminé le sursis, le maintenant aux mêmes conditions—Ayant plaidé coupable à deux accusations, le défendeur a été condamné à une peine minimale, en violation des conditions du sursis—Lors de l'audience en révision, le ministre a contesté la compétence de la SAI pour réexaminer le sursis après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), soutenant que le défendeur n'avait pas le droit d'interjeter appel devant la SAI étant donné qu'il était interdit de territoire—L'art. 197 de la LIPR est la principale disposition transitoire applicable en l'espèce—L'art. 197 renvoie aux art. 64 et 68(4) de la LIPR, qui ont pour objectif soit de bloquer soit de classer les appels à la SAI si certaines conditions sont remplies—Il faut examiner l'art. 197 en tenant compte des art. 190, 192 et 196—L'art. 192 prévoit une exception à l'application immédiate de la LIPR exigée par l'art. 190 à toute question soulevée dans le cadre de l'ancienne loi avant l'entrée en vigueur de la LIPR—L'art. 196 est une exception à l'art. 192 en ce qu'il met fin à l'appel portée devant la SAI en vertu de l'ancienne loi si l'intéressé ne fait pas l'objet d'un sursis au titre de l'ancienne loi et est visé par la restriction du droit d'appel suivant l'art. 64 de la LIPR—L'art. 197 est une autre exception à l'art. 192 ne s'appliquant que lorsqu'un sursis a été accordé en vertu de l'ancienne loi et qu'il y a eu violation des conditions du sursis, comme en l'espèce—Dans le contexte de l'art. 197, les art. 64 et 68(4) ne s'excluent pas l'un l'autre et sont censés s'appliquer ensemble—À la différence de l'art. 196, l'art. 197 ne prévoit pas que si un appel ne peut être interjeté en raison

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de l'art. 64 (grande criminalité), il est mis fin à l'appel interjeté en vertu de l'ancienne loi—Si la SAI a antérieurement accordé un sursis en vertu de l'ancienne loi, elle conserve compétence pour réexaminer si les conditions du sursis sont respectées ainsi que le pouvoir de révoquer le sursis et d'ordonner, le cas échéant, l'exécution de la mesure de renvoi—L'art. 196, qui ne s'applique que lorsqu'un sursis n'a pas été accordé, mentionne uniquement l'art. 64 et met fin à l'appel interjeté en vertu de l'ancienne loi dans l'hypothèse où l'art. 64 aurait interdit l'appel—Si un sursis a été accordé, l'art. 197 assujettit l'appelant à l'art. 68(4), lequel retire à la SAI son pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de sa compétence en équité—Quand un sursis a été accordé mais que l'appelant commet subséquemment une infraction grave, l'art. 197 l'assujettit à l'art. 68(4), le sursis est annulé et il est mis fin à l'appel—De plus, l'appelant était assujetti à l'application des art. 64 et 68(4) selon le sens ordinaire du mot « and » figurant à l'art. 197—Le renvoi aux art. 64 et 68(4) à l'art. 197 vise un objectif spécifique—Le renvoi à l'art. 64 a pour but d'assurer le respect du critère préliminaire plus rigoureux dans le cas de grande criminalité, à savoir qu'une peine d'au moins deux ans doit avoir été infligée—Le renvoi à l'art. 68(4) a pour but de reconnaître qu'en vertu de l'ancienne loi la SAI avait décidé qu'un sursis était justifié dans le cas d'une personne interdite de territoire pour criminalité, mais que des motifs d'équité et des considérations humanitaires exigeaient que la personne ne soit pas renvoyée du Canada—Les deux déclarations de culpabilité du défendeur, qui constituaient une violation des conditions du sursis, ne respectaient pas l'exigence préliminaire de l'art. 68(4), à savoir la condamnation à une peine de six mois ou plus—Demande rejetée—*Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 64, 68(4), 196, 197—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.*

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. HYDE (IMM-6961-03, 2005 CF 950, juge Lemieux, ordonnance en date du 7-7-05, 27 p.)

Le demandeur est un citoyen du Salvador et il est entré au Canada en 1992 en qualité de résident permanent—Depuis, il a été déclaré coupable de plusieurs infractions criminelles—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié dans laquelle la Commission a décidé que le demandeur était interdit de territoire en application de l'art. 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) (le demandeur est membre d'une organisation criminelle péruvienne qui opère au Canada) et a ordonné son renvoi—La question en litige consiste à savoir si le droit du demandeur à une audition impartiale a été violé en raison du

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fait que les documents et les renseignements qu'il a demandés avant et pendant l'audience ne lui ont pas été transmis—Demande rejetée—Lors d'une enquête en vertu de l'art. 44 de la Loi, la décision est prise sur la base de motifs raisonnables de croire, suivant l'art. 33 de la Loi—Dans la récente décision *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 301 (C.F.), on a défini l'expression « motifs raisonnables de croire »—Les exigences de l'équité procédurale varient selon les circonstances—Aux termes de l'art. 86(1), le ministre peut demander la non-divulgence de renseignements; la décision est prise conformément à l'art. 78—La demande est accueillie si la divulgation du renseignement peut porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui—Application de l'arrêt *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 171 (C.A.F.)—Dans une lettre datée du 18 septembre 2003, le demandeur a sollicité des renseignements concernant les infractions dont il avait été déclaré coupable, des renseignements personnels au sujet de ses complices et des renseignements concernant l'enquête policière—Quant à la demande de renseignements concernant les infractions, le demandeur a reçu tous les renseignements qu'il était possible de lui communiquer—Un certain nombre de documents concernant les complices du demandeur ne lui ont pas été remis pour des raisons de confidentialité : *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 7—En ce qui concerne la demande de renseignements concernant l'enquête policière, celle-ci a été refusée à cause de l'enquête en cours, mais le demandeur a obtenu un résumé de l'enquête sur ses activités en ce qui a trait à l'organisation péruvienne—Le demandeur connaissait les preuves contre lui—Les renseignements demandés pendant que l'experte était à la barre des témoins ont été refusés à bon droit afin de ne pas compromettre l'enquête : *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469—Aucune erreur susceptible de contrôle n'a été commise—Le demandeur disposait de tous les renseignements dont il avait besoin pour se défendre—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 37(1)a), 44, 78 (mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(A)), 86(1)—*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 7.

AGUILLAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-10274-03, 2005 CF 152, juge Baudry, ordonnance en date du 7-2-05, 20 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) a rejeté l'appel interjeté par le demandeur de la mesure d'expulsion prise contre lui en décembre 2001—Le demandeur, un citoyen du Sri Lanka, est une personne visée à l'art. 27(1)d) de la *Loi sur l'immigration* parce qu'il a été reconnu coupable d'un acte criminel prévu à

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'art. 35(1) du *Code criminel*—Au cours de l'instruction de l'appel par la SAI, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a présenté une requête demandant à la SAI et de conclure qu'en tant que membre d'un gang, le demandeur devait être interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée au sens de l'art. 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—La SAI a rejeté la requête du ministre mais a tenu compte de l'appartenance à un gang en rapport avec la gravité des infractions, la réadaptation et la sécurité publique—La SAI n'a pas tenu compte des difficultés auxquelles le demandeur pourrait être exposé s'il était renvoyé au Sri Lanka—La décision de la SAI, était fondée sur les facteurs énumérés dans la décision *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] I.A.D.D. n° 4 (C.A.I.) (QL)—Il s'agissait de savoir si cette décision était manifestement déraisonnable parce que : la SAI n'a pas tenu compte des difficultés auxquelles le demandeur serait exposé au Sri Lanka; elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que le demandeur était membre d'un gang; elle n'a pas suffisamment tenu compte des éléments de preuve présentés par le demandeur au sujet de sa réadaptation—La norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable—Demande rejetée—Même si le demandeur ne possède que la citoyenneté sri-lankaise, on ne peut dire que son expulsion au Sri Lanka est probable alors qu'il jouit toujours de la protection de l'art. 115(1) de la LIPR (principe du non-refoulement) et que le ministre n'a pas encore choisi de pays de destination pour son expulsion—La conclusion de la SAI suivant laquelle le demandeur faisait partie d'un gang n'était pas manifestement déraisonnable—La SAI a dûment tenu compte des éléments de preuve présentés au sujet de la réadaptation—Question certifiée : la mesure d'expulsion qui vise un résident permanent qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention et qui précise comme seul pays de citoyenneté le pays dont il s'est enfui en tant que réfugié est-elle suffisante, sans plus d'éléments, pour établir que ce pays est le pays de destination probable, de sorte que l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, s'applique et que, saisie de l'appel de cette mesure d'expulsion, la SAI doit tenir compte des difficultés auxquelles l'intéressé risque d'être exposé dans ce pays?—*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16(F))—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 37, 115(1)—*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 35(1).

BALATHAVARAJAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3634-04, 2005 CF 1212, juge Simpson, ordonnance en date du 7-9-05, 9 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur était une personne visée à l'art. 36(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et donc assujéti à une mesure de renvoi—Le demandeur, un Vietnamiens, est arrivé au Canada muni d'un visa de visiteur—Peu après son arrivée, il a appris qu'il était recherché pour fraude par les autorités vietnamiennes—Il s'est par la suite marié au Canada et son épouse a présenté une demande de parrainage pour son mari—Un rapport préparé dans le cadre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* a conclu que le demandeur était inadmissible au Canada comme appartenant à la catégorie des personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont commis à l'étranger une infraction qui constituerait au Canada une infraction punissable d'un emprisonnement minimal de dix ans—Selon certaines informations, le demandeur était recherché au Vietnam pour fraude—Au Vietnam, il avait emprunté des fonds d'une banque d'État pour les transférer à d'autres entreprises, permettant à celles-ci d'avoir accès à des fonds excédant la limite légale imposée en matière de financement d'entreprises—La LIPR est entrée en vigueur alors qu'une enquête était menée au Canada et la demande initiale a été modifiée pour renvoyer à une nouvelle disposition de la Loi—La Section d'appel a conclu que les allégations contenues dans le rapport d'Interpol et le mandat d'arrêt vietnamien constituaient des motifs raisonnables de croire que le demandeur avait commis ces délits—Elle a estimé que la preuve était suffisante en l'espèce pour conclure que le demandeur était visé par l'art. 36(1)c) de la LIPR—La Section d'appel a commis une erreur en omettant d'examiner le point de savoir si les mêmes actes commis au Canada auraient constitué une fraude au sens du *Code criminel*—S'agissant de l'art. 36(1), qui prévoit l'interdiction de territoire d'un ressortissant étranger, le seuil prévu est la gravité du crime selon la norme canadienne—Cette équivalence peut être établie de trois façons : 1) en comparant la teneur exacte de chaque loi dans le but de dégager les éléments constitutifs de chaque infraction; 2) en examinant les preuves pour décider si elles suffisent à établir que les éléments constitutifs de l'infraction au Canada ont été prouvés lors des procédures à l'étranger; 3) par une combinaison des deux—La Section d'appel n'a que brièvement mentionné que les actes reprochés constituaient une fraude au sens du *Code criminel*—Elle n'a pas analysé les éléments constitutifs de l'infraction comme l'exige la jurisprudence—C'est l'équivalence entre les infractions qui doit être examinée, et non l'équivalence entre les lois—Même s'il était établi que les actes du demandeur constitueraient une infraction de fraude en droit vietnamien, cela ne veut pas nécessairement dire que les mêmes actes commis au Canada constitueraient une infraction suivant le *Code criminel*—L'omission d'apprécier convenablement l'équivalence dans les cas visés par l'art. 36(1)c) de

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

la LIPR est fatale—Demande accueillie—*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 1-2—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36—*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. 46.

NGO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-8333-04, 2005 FC 609, juge Blanchard, ordonnance en date du 3-5-05, 10 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire du rejet par la Section d'appel de l'immigration (SAI) d'un appel interjeté contre une mesure de renvoi—Le demandeur, un Soudanais, avait obtenu un visa d'immigrant et une fiche relative au droit d'établissement en qualité de résident permanent du Canada—Son entrée a été facilitée par le fait que son statut de réfugié au sens de la Convention avait été reconnu par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés pendant qu'il étudiait à Cuba—Le demandeur a été déclaré coupable d'agression sexuelle, condamné et emprisonné—Le demandeur a perdu le statut de résident permanent après le rejet de son appel par la SAI—La déléguée du ministre a émis une opinion selon laquelle le demandeur était « un danger pour le public au Canada », conformément à l'art. 115(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Dans l'opinion relative au danger, la déléguée a tenté de concilier les facteurs indiquant qu'il était dangereux que le demandeur demeure au Canada et les craintes qu'il avait de retourner au Soudan—Erreur de droit dans la mesure où la déléguée n'a pas conclu que le demandeur était un danger pour le public au Canada—Elle a décidé que « dans l'ensemble », la présence du demandeur au Canada représentait un danger pour le public au Canada supérieure au danger auquel il pourrait faire face s'il retournerait au Soudan—Aux termes de l'art. 115(2), il fallait décider si le demandeur constituait un danger pour le public au Canada avant de conclure que les droits du demandeur prévus à l'art. 115(1) en matière de refoulement ne s'appliquaient pas ici—La déléguée du ministre a commis une erreur en essayant de concilier les facteurs relatifs au danger et les facteurs relatifs au risque—Demande accueillie—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 115(2)a).

AKUECH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-8756-03, 2005 CF 337, juge en chef Lutfy, ordonnance en date du 9-3-05, 5 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire du rejet par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de la requête présentée par le demandeur en vue de faire rouvrir sa demande d'asile—La Commission avait auparavant prononcé le désistement de la demande d'asile dans une décision qui se

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

trouvait sur une lettre type et qui était ainsi libellée : [TRADUCTION] « Votre demande est rejetée. »—La commissaire avait auparavant jugé l'affaire et ses motifs portaient la mention [TRADUCTION] « aucun manquement aux principes de justice naturelle »—Après avoir reçu la décision, le demandeur a réclané de la Commission qu'elle motive sa décision—L'art. 169 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* oblige la Commission à motiver ses décisions définitives—Il s'agit de savoir si le refus de rouvrir une demande d'asile dont le désistement a été prononcé constitue une décision définitive ou une décision interlocutoire—Une telle décision signifie que les droits substantiels du demandeur d'asile ne seront jamais précisés et que l'affaire est classée—La décision négative rendue en réponse à une requête en réouverture constitue une décision définitive qui doit être motivée pour satisfaire aux exigences de l'art. 169b) de la LIPR—Saisie d'une requête en réouverture d'une demande d'asile, la Commission est tenue, aux termes de l'art. 55(4) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* d'examiner si la demande d'asile qui a fait l'objet d'une décision ou d'un désistement a donné lieu à un manquement à un principe de justice naturelle—Bien que la diligence constitue un facteur pertinent lors de l'audience sur le désistement, elle perd toute pertinence une fois que la Cour refuse d'autoriser l'introduction d'une demande de contrôle judiciaire de la décision portant sur le désistement—On ne peut se servir d'une requête en réouverture pour débattre des questions soulevées au cours de l'audience sur le désistement qui faisaient régulièrement l'objet de la demande d'autorisation—La seule question qui se pose dans le cas d'une requête en réouverture est celle de savoir si le requérant a été traité de façon équitable sur le plan procédural—La requête en réouverture du demandeur énumérait dix moyens portant sur la question de la diligence et un moyen était censé porter sur la justice naturelle, bien qu'en fait, il reprenait le moyen tiré de la diligence en le formulant autrement—La question de savoir si les motifs sont suffisants et s'ils sont assez formels dépend des faits de chaque espèce—Comme la coutume veut que l'on utilise une lettre type pour communiquer une décision, il semble raisonnable d'exiger que, dans les cas de rejet d'une requête en réouverture, la lettre renferme à la fois la décision et les motifs—Les motifs devraient démontrer que l'on a tenu compte des préoccupations soulevées par l'intéressé au sujet de présumés manquements aux principes de justice naturelle—En l'espèce, aucun acte ayant entraîné un manquement aux principes de justice naturelle n'a été allégué—Les motifs qui ont été communiqués au demandeur étaient suffisants en l'espèce—Demande rejetée—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 169—*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règle 55(4).

SHAHID C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6461-03, 2004 CF 1607, juge Simpson, ordonnance en date du 17-11-04, 8 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

Contrôle judiciaire du rejet de la demande d'asile par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)—La CISR a refusé d'accorder une remise de la date d'audience—La demanderesse a reçu à peine trois semaines d'avis à l'égard de la date d'audience de sa demande d'asile—Le lendemain de la réception de l'avis, la demanderesse a fait appel à un avocat qui a fourni les dates auxquelles il était disponible environ quatre mois après la date d'audience établie—La CISR a refusé ces dates et la demanderesse a comparu à la date d'audience—Lorsqu'elle a refusé la demande de remise, la CISR a donné à la demanderesse le choix entre se désister de la demande ou poursuivre l'audience sans être représentée—La demanderesse a choisi que l'audience se poursuive sans qu'elle soit représentée—La norme de contrôle de la décision de la CISR est celle de la décision raisonnable—La règle 48 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* prévoit que la CISR peut exercer un pouvoir discrétionnaire pour accorder des remises de dates d'audience fixées—Suivant la pratique de la CISR, une nouvelle date d'audience devrait être fixée dans les trois mois, mais il est admis que la CISR conserve le pouvoir discrétionnaire d'accorder une plus longue période—Suivant la règle 48(4), 11 éléments doivent être pris en considération lorsqu'une décision est rendue à l'égard d'une remise—La CISR a pris en considération le fait que la demanderesse n'avait fait appel à un avocat qu'après avoir reçu l'avis à l'égard de la date d'audience—Elle a également pris en considération des facteurs comme le mandat de la Commission de tenir l'audience simplement et de façon expéditive, le nombre de demandeurs qui doivent comparaître devant la Commission, l'imputabilité de la Commission envers le gouvernement, le fait que la demanderesse n'avait pas demandé antérieurement des remises et le fait qu'aucune date péremptoire n'avait été fixée—Le fait que la demanderesse n'a pas fait appel à un avocat avant qu'elle ait reçu un avis n'était pas pertinent—Cela n'aurait pas eu d'importance qu'elle ait fait appel à un avocat des mois avant d'avoir reçu l'avis étant donné que l'avis n'a été donné que trois semaines avant la date d'audience—Au moment où l'avis a été donné, l'avocat n'était pas disponible à la date fixée pour l'audience—Aucune tentative n'a été faite par la CISR pour forcer la demanderesse à se plier à une nouvelle date d'audience péremptoire—La CISR n'a accordé aucune attention à une possible injustice qui serait causée par le fait d'accorder ou non la remise suivant l'art. 48(4)*f* des *Règles*—Elle n'a pas non plus pris en considération l'injustice causée à la demanderesse par le fait de l'avoir forcée à choisir entre se désister de sa demande ou poursuivre l'audience sans être représentée—La décision de la CISR a si manifestement omis de prendre correctement en considération les éléments énumérés à la règle 48(4) qu'elle en était déraisonnable—Demande accueillie—*Règles de la*

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

*Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règle 48.

CLEOPARTIER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-10095-03, 2004 CF 1527, juge Campbell, ordonnance en date du 28-10-04, 8 p.)

Contrôle judiciaire du refus de l'agent d'immigration d'autoriser la demanderesse à modifier sa demande de résidence permanente afin d'y inclure son nouveau conjoint à titre de membre de la famille—La demande a été refusée au motif que la demande devait comporter les noms des membres de la famille au moment de sa présentation initiale—Après avoir obtenu le statut de réfugiée, la demanderesse avait inclus sa fille comme « membre de la famille qui l'accompagne » dans sa demande de résidence permanente—Elle avait présenté sa demande dans le délai prescrit de 180 jours—Elle a épousé un demandeur d'asile débouté, 12 mois après l'expiration du délai—Elle a cherché peu après à modifier sa demande pour y ajouter son nouveau conjoint—Le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* prescrit le contenu de la demande de résidence permanente et le délai applicable—Il prévoit que le demandeur de résidence permanente et tous les membres de sa famille doivent faire l'objet d'un contrôle avant d'obtenir le statut de résident permanent—Les dispositions législatives applicables ne traitent pas directement de la possibilité de modifier une demande pour y inclure un nouveau conjoint—Les dispositions législatives doivent être lues dans leur contexte global—Le cadre législatif impose un délai clair de 180 jours pour la présentation de la demande—La demande ne pouvait inclure le mari puisque le mariage a eu lieu 12 mois après l'expiration du délai—La question de l'application du délai aux membres de la famille est abordée indirectement à l'art. 10(3) du *Règlement*, suivant lequel la demande vaut pour le demandeur principal et les membres de sa famille qui l'accompagnent—Un membre de la famille est considéré comme un demandeur pour les fins de la demande de résidence permanente du fait de l'inscription de son nom sur le formulaire—Par conséquent, la personne ou « demandeur » ajouté doit aussi respecter le délai de 180 jours—Cette interprétation s'accorde avec la pratique de Citoyenneté et Immigration Canada exposée dans le guide relatif aux demandes du statut de résident permanent présentées au Canada par des personnes protégées—La pratique énonce que des membres de la famille peuvent être ajoutés si le délai n'est pas expiré—Le guide s'applique aussi aux modifications apportées aux demandes—C'est pour des raisons d'ordre opérationnel découlant de la nécessité d'examiner le dossier de tous les membres de la famille avant d'accorder le statut de résident permanent qu'un délai de 180 jours a été fixé—L'ajout de membres retarderait tout le processus y compris à l'égard de futurs demandeurs, en raison des ressources limitées—Un des objectifs de la *Loi sur l'immigration et la*

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*protection des réfugiés* est la réalisation des buts fixés pour l'immigration, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace—L'impossibilité pour la demanderesse de modifier sa demande n'excluait pas que son mari puisse devenir résident permanent—D'autres démarches seraient possibles, dont le parrainage par la demanderesse—L'interprétation préférable des dispositions applicables est que tous les membres de la famille doivent être inclus dans la demande de résidence permanente dans les 180 jours qui suivent la détermination du statut de réfugié—La Cour a certifié la question de savoir si la demande de résidence permanente d'une personne protégée peut être modifiée afin d'inclure des membres de sa famille après le délai de 180 jours—Demande rejetée—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 10(3).

MAZHANDU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3758-04, 2005 CF 663, juge Snider, ordonnance en date du 12-5-05, 11 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas à l'ambassade du Canada au Maroc que la demande de permis de travail comme aide familiale résidant de la demanderesse ne répondait pas aux exigences de l'art. 112 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*—La demanderesse a reçu une offre d'emploi comme aide familiale pour son frère résidant à Gatineau, Québec—L'offre a été confirmée par le ministère des Relations avec les citoyens et de l'Immigration du Québec et validée par le ministère du Développement des ressources humaines Canada—Elle a reçu un Certificat d'acceptation du Québec et a conclu le contrat d'emploi avec son employeur—L'agent des visas est arrivé à la conclusion que la demanderesse ne satisfaisait pas à toutes les exigences requises pour obtenir un permis de travail d'aide familial résidant—L'art. 112 du *Règlement* prévoit que la personne doit démontrer qu'elle a la formation ou l'expérience dans un domaine ou une catégorie d'emploi lié au travail pour lequel le permis est demandé—L'agent a précisé que le travail comme institutrice depuis deux ans ne suffisait pas pour démontrer une expérience récente comme aide domestique, et a conclu que le fait que son futur employeur était son frère laissait croire que la demande de permis n'avait été faite que pour faciliter son entrée au Canada et qu'il n'était pas convaincu du retour de la demanderesse au Maroc—Demande accueillie—La norme de contrôle applicable à la décision d'un agent de visas varie selon qu'il s'agit d'une décision discrétionnaire ou d'une décision comportant l'application de principes généraux découlant d'une loi ou d'un règlement à des circonstances précises : *Yin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 661—Déterminer si l'expérience de la demanderesse en tant

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

qu'institutrice constituait une expérience pertinente « dans un domaine ou une catégorie d'emploi lié au travail pour lequel le permis de travail est demandé » est une question mixte de droit et de fait auquel s'applique la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—D'après le guide OP 14 sur ce qu'est un aide familial résidant et l'art. 112 du *Règlement*, tant la formation que l'expérience peuvent avoir été acquises « dans un domaine ou une catégorie d'emploi lié au travail »—D'autre part, l'art. 112c) du *Règlement* doit clairement s'interpréter de façon disjonctive : le requérant doit démontrer une formation ou une expérience pertinente—Enfin, les fonctions principales à considérer pour déterminer la pertinence de l'expérience ou de la formation sont celles qui découlent de l'emploi décrit au code 6474 de la Classification nationale des professions—Compte tenu des tâches qui s'y trouvent, et de la description que l'employeur lui-même a faite dans sa demande d'emploi, l'agent des visas a erronément conclu que la demanderesse ne se qualifiait pas—La décision de l'agent des visas de ne pas tenir compte de l'expérience en éducation des jeunes enfants (7 ans et non 2 ans) n'était pas raisonnable et n'était pas conforme à ce qui est prescrit par le guide—La demanderesse remplit tous les critères—Enfin, la conclusion de l'agent des visas sur le fait que le frère de la demanderesse est son employeur, ce qui laisserait croire qu'elle ne reviendrait pas au Maroc, est sans fondement—Il s'agit de pure spéculation—Ni la Loi ni le *Règlement* n'interdit des liens familiaux entre le futur employeur et l'employé—D'autre part, le programme pour les aides familiaux prévoit de façon spécifique que ces personnes peuvent demander le statut de résident permanent par la suite—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 112—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

OUAFAE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-8197-04, 2005 CF 459, juge de Montigny, ordonnance en date du 7-4-05, 14 p.)

Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR), déclarant qu'il y avait eu désistement de la demande du demandeur, le ministre a présenté une requête visant à obtenir une ordonnance par consentement qui annulerait la décision de la SPR et renverrait l'audience à un tribunal différemment constitué pour qu'il statue à nouveau sur le désistement—Le demandeur a contesté cette requête, insistant pour que la demande de contrôle judiciaire soit entendue—Requête accueillie—Le demandeur ne s'est pas présenté à l'audience relative au statut de réfugié en raison d'une urgence médicale, il en a avisé son avocat, mais la SPR n'avait pas été avisée avant le début de l'audience—La SPR a indiqué que la demande du demandeur serait envoyée dans le flux des désistements—L'avocat a été incapable de se présenter à

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'audience relative au désistement en raison d'une urgence familiale; après une brève audience, la SPR a déclaré qu'il y avait eu désistement de la demande du demandeur—Dans le contexte de demandes en matière de droit public, les parties sont tenues de fournir une raison convaincante, hormis leur consentement, pour faire annuler une décision d'un tribunal—Le ministre a concédé qu'il y avait un certain nombre d'erreurs dans la décision de la SPR—Même si la conduite de la SPR n'était pas de nature à constituer de la malice, de la mauvaise foi ou de la partialité, elle était bien inférieure à la norme exigée de la part d'un organisme qui s'est vu confier la responsabilité de rendre des décisions quasi judiciaires pouvant profondément affecter la vie des particuliers—Il était juste que le ministre consente à l'annulation de la décision—Quant à la question de savoir s'il s'agissait d'une affaire où il aurait été approprié d'imposer un résultat particulier à la SPR, la décision *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 73 (1<sup>re</sup> inst.) s'appliquait—Compte tenu de l'art. 168(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de la règle 58(3) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, il n'existe pas de critère objectif au regard duquel il faut apprécier la preuve d'un demandeur—Au cours d'une audience relative au désistement, la SPR doit tenir compte de différents facteurs, dont la preuve et les explications, pour ensuite rendre une décision quant à savoir si elle estime que le demandeur est en défaut—Cela requiert une appréciation de la preuve et des renseignements, ainsi que l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire—Par conséquent, il était préférable de laisser le soin à la SPR de trancher la question—Il ne s'agissait pas d'une affaire où il aurait été approprié d'imposer un résultat particulier; aucune directive n'a été donnée—En l'espèce, il n'y avait pas de raison spéciale pour que la Cour adjuge des dépens (règle 22 des *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés*)—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 168(1)—*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règle 58(3)—*Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règles 1 (mod. par DORS/2002-232, art. 1), 22 (mod., *idem*, art. 11).

JOHNSON C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-8446-04, 2005 CF 1262, juge Dawson, ordonnance en date du 14-9-05, 11 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Contrôle judiciaire du rejet de demandes d'attestation de citoyenneté par un agent de la citoyenneté—Les demandes ont été rejetées parce que le grand-père des demandeurs ne pouvait transmettre la citoyenneté canadienne à ses

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

descendants, car il n'avait pu l'acquérir en vertu des lois en vigueur à l'époque, étant né hors mariage au Mexique—Les arrière-grands-parents paternels des demandeurs étaient tous les deux nés au Canada, mais ils ont déménagé au Mexique au début des années 1920—Ils se sont mariés religieusement au Mexique en 1924 et civilement en 1937—Leur fils est né en 1933—La loi mexicaine ne reconnaît que les mariages civils—Le grand-père et le père des demandeurs ont obtenu leur certificat de citoyenneté canadienne en vertu des lois alors en vigueur—L'agent qui a examiné les demandes d'attestation de citoyenneté canadienne en l'espèce a estimé que le grand-père des demandeurs n'avait pas droit à la citoyenneté canadienne en vertu de l'ancienne législation parce qu'il était né hors mariage—Il a refusé les demandes en application de l'art. 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* parce que les demandeurs étaient nés hors du Canada et qu'aucun parent n'était citoyen canadien—La validité formelle du mariage est régie par les lois du pays où le mariage a été contracté—L'agent de la citoyenneté n'a pas fait erreur en concluant que les arrières-grands-parents n'ont été légalement mariés au Mexique qu'en 1937—Lorsque le grand-père des demandeurs est né, la *Loi de naturalisation, 1914* était en vigueur—Cette loi précisait qui était sujet britannique puisque la citoyenneté canadienne n'existait pas alors—Elle ne renfermait aucune disposition permettant à un enfant d'acquérir le statut de sujet britannique par filiation maternelle, qu'il soit né hors mariage ou non—En vertu de l'ancienne législation, le grand-père ne pouvait acquérir le statut de sujet britannique que par filiation paternelle, dans les liens du mariage—Le grand-père avait donc la citoyenneté mexicaine à sa naissance et n'était pas sujet britannique—La Loi sur la citoyenneté entrée en vigueur en 1947 a établi la citoyenneté canadienne—Elle prévoyait que les personnes dans la situation du grand-père avaient droit à la citoyenneté canadienne pourvu qu'elles ne soient pas devenues des étrangers—Suivant la loi de 1947, la naissance au Canada n'était pas une condition essentielle à la citoyenneté, mais il fallait un lien étroit avec le pays—L'exigence qu'une personne ne soit pas « devenue étrangère » a été interprétée comme signifiant qu'elle « n'était pas étrangère »—Le grand-père étant étranger et donc il n'avait pas le droit d'acquérir la citoyenneté canadienne par filiation maternelle—Les demandeurs ont contesté la validité constitutionnelle des dispositions actuelles de la *Loi sur la citoyenneté*, soutenant qu'elles perpétuent les effets discriminatoires des anciennes lois qui traitaient différemment les personnes nées hors mariage—Ils ont prétendu avoir été privés du même bénéfice de la loi, en contravention de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la Déclaration des droits—Comme la Charte est entrée en vigueur en 1985, se posait la question préliminaire de l'application rétrospective ou rétroactive de la loi—Les demandeurs ont cherché à invoquer la violation des droits d'une autre personne à leur propre profit—C'est le grand-père

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

des demandeurs qui était la cible principale de la discrimination et qui était présumé être moins digne de la citoyenneté canadienne du fait qu'il était né hors mariage, non les demandeurs—Les demandeurs doivent s'appuyer sur les lois en vigueur au moment où les demandes d'attestation de citoyenneté ont été rejetées (2004)—L'art. 3(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* n'établit aucune distinction fondée sur l'état matrimonial des parents d'un demandeur—Les demandeurs cherchaient à donner à la Charte un effet rétroactif, c.-à-d. à changer les conséquences passées des dispositions législatives abrogées, de manière à conférer *ex post facto* la citoyenneté canadienne à leur grand-père—Les descendants des victimes de discrimination passée n'ont pas droit à une réparation fondée sur l'art. 15 de la Charte—La discrimination en cause a pour origine le traitement défavorable réservé par la *Loi de naturalisation, 1914* à ceux nés hors mariage—Cette loi a été abrogée longtemps avant la Déclaration des droits, promulguée en 1960—Il existe une forte présomption contre l'application rétroactive des lois—Le libellé de la Déclaration des droits ne réfute pas cette présomption—De plus, contrairement à l'art. 15 de la Charte, la Déclaration des droits ne garantit pas le bénéfice égal de la loi recherché par les demandeurs—Elle garantit simplement l'égalité dans l'application de la loi—Ni la Charte ni la Déclaration des droits n'offraient de recours aux demandeurs—Demande rejetée—*Loi de naturalisation, 1914*, S.R.C. 1927, ch. 138—*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15—*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)b)—*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. 15—*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.

VELETA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-543-04, 2005 CF 572, juge Mactavish, ordonnance en date du 27-4-05, 24 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Les demandeurs sont citoyens de la Hongrie—Les demandes d'asile des demandeurs ont été rejetées—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté l'allégation des demandeurs (le demandeur, sa femme et son fils) voulant que leur sécurité serait menacée par le crime organisé en Hongrie en raison du refus du demandeur de servir de mécanicien dans un réseau de voleurs d'automobiles parce qu'elle a jugé que les éléments de preuve étaient insuffisants pour établir que les demandeurs ne pourraient pas bénéficier d'une protection efficace de l'État s'ils étaient renvoyés en Hongrie—La police a refusé d'aider le demandeur lorsqu'il s'est adressé à elle pour obtenir une protection—Les demandeurs ont déménagé

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dans un autre district pour échapper aux criminels, mais ces derniers ont retrouvé la famille et la surveillance et les menaces ont repris de plus belle—Les demandeurs n'ont pas fait d'autres tentatives pour obtenir l'aide de la police en Hongrie—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a rejeté les demandes d'asile parce qu'elle a jugé que le demandeur n'était pas crédible et a conclu que la famille pourrait bénéficier d'une protection suffisante de l'État en Hongrie—Même si elle a effectivement reconnu que le demandeur était victime du crime organisé, l'agente d'ERAR a néanmoins conclu que la protection de l'État était suffisante en Hongrie—Demande rejetée—Il est inutile de trancher la question de la norme de contrôle parce que la décision peut résister à un examen suivant la norme plus exigeante de la décision raisonnable—Il n'est ni raisonnable ni conforme à l'esprit de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* dans son ensemble d'exiger que l'agente d'ERAR recommence à zéro et procède à un examen des risques entièrement nouveau—L'agente d'ERAR doit simplement examiner si les nouveaux éléments de preuve produits établissent que la situation dans le pays d'origine des demandeurs a changé à un point tel que l'analyse de la protection de l'État faite par la CISR n'est plus d'actualité—La Cour fédérale a refusé d'autoriser les demandeurs à présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la CISR a conclu qu'ils avaient accès à une protection suffisante de l'État—En conséquence, la décision de la CISR concernant la protection de l'État est inattaquable—L'agente d'ERAR a examiné attentivement les nouveaux éléments de preuve produits par les demandeurs, mais a confirmé la conclusion de la CISR quant à la protection de l'État—L'agente d'ERAR pouvait raisonnablement tirer cette conclusion compte tenu de la preuve qui avait été présentée—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

HAUSLEITNER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5049-04, 2005 CF 641, juge Mactavish, ordonnance en date du 6-5-05, 12 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) reconnaissant au défendeur la qualité de réfugié au sens de la Convention en application de l'art. 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le défendeur est né en 1984 à Colombo, au Sri Lanka, et a déménagé en Allemagne avec ses parents en 1985—Il est demeuré en Allemagne jusqu'à l'été 1999, puis il est retourné à Colombo avec sa mère—Après un mois, ils sont revenus en Allemagne et, en octobre 1999, ils se sont rendus aux États-Unis—En novembre 1999, le défendeur et sa mère sont venus au Canada, et ils ont revendiqué le statut de réfugié—Ils ont tous deux subi des agressions de la part du père du défendeur—Le défendeur et sa mère étaient sans statut

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

juridique en Allemagne, étant donné qu'ils ont quitté ce pays pendant plus de six mois sans avoir demandé un permis de retour pour résident—La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a entendu la revendication du statut de réfugié en octobre 2000, janvier 2002 et avril 2002, et elle a rendu sa décision en août 2002—La CISR a conclu que les revendicateurs n'étaient pas exclus par l'art. 1E de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, vu que la date pertinente pour trancher la question d'exclusion est la date de sa décision, et elle a donc rejeté la revendication parce que la mère n'avait pas établi qu'elle craignait avec raison d'être persécutée si elle devait retourner au Sri Lanka—La question de l'exclusion n'a pas été soulevée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire de la décision de la CISR—La Cour fédérale (*Manoharan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 871), a accueilli la demande du défendeur uniquement parce que la CISR n'a pas tranché séparément la question des risques auxquels le défendeur serait exposé—La SPR a refusé de considérer la question de l'exclusion lorsque l'affaire lui a été renvoyée, et elle a accueilli la revendication du statut de réfugié du défendeur—Le demandeur conteste principalement la question de l'exclusion et la date pertinente à considérer pour la trancher; la conclusion de la SPR selon laquelle, si le défendeur n'est pas exclu, c'est qu'il est un réfugié au sens de la Convention, n'est pas sérieusement en cause—Demande rejetée—La fin de non-recevoir pour question déjà tranchée (*issue estoppel*) s'applique-t-elle en l'espèce?—L'objectif sous-jacent est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue; si ces conditions préalables sont remplies, la cour doit encore se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de non-recevoir devrait être appliquée : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460—Les conditions préalables sont remplies en l'espèce—Même si la SPR était en droit de refuser de reconsidérer la question de l'exclusion en se fondant sur la fin de non-recevoir, elle a commis une erreur de principe en refusant de simplement considérer la question de l'exclusion sans en examiner les conditions préalables, et en ne tranchant pas la question de savoir si elle devait néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'affaire—Toutefois, il n'est pas dans l'intérêt public d'annuler la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire et de renvoyer l'affaire une fois de plus à la SPR—Il convient maintenant de se pencher sur la question de savoir si la Cour peut être empêchée de considérer la question de l'exclusion vu le défaut du ministre de la soulever à la première occasion—Bien qu'il faille interpréter l'art. 1E de la Convention de manière à empêcher la recherche abusive du pays le plus favorable (voir *Mahdi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 191 N.R. 170 (C.A.F.), où il a été décidé que la date pertinente

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

pour trancher la question de l'exclusion visée à l'art. 1E de la Convention est la date de présentation de la demande d'admission au Canada), il faut interpréter la disposition d'une façon « plus conforme à son objet, qui est de fournir un refuge sûr à ceux qui en ont vraiment besoin » : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choovak*, 2002 CFPI 573—Une telle interprétation est conforme à l'objet de la Loi, tel qu'il est décrit à l'art. 3(2), à savoir que le programme pour les réfugiés vise à sauver des vies, à venir en aide aux personnes déplacées et à protéger les personnes de la persécution—En l'espèce, la décision sur l'exclusion qui a été rendue en faveur du défendeur et de sa mère était correcte; on peut établir une distinction avec l'arrêt *Mahdi* en raison des faits différents et du nouvel élément lié à l'objet de la Loi—Appliquant la norme de la décision manifestement déraisonnable aux conclusions de la SPR concernant le statut de réfugié, la Cour ne relève aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2), 96—*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E.

CANADA (MINISTÈRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. MANOHARAN (IMM-5617-04, 2005 CF 1122, juge Gibson, ordonnance en date du 22-8-05, 14 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) rejetant l'appel du rejet, par l'agent des visas, de la demande de résidence permanente de l'épouse du demandeur—Demande accueillie—Le demandeur, qui est citoyen du Pakistan et maintenant résident permanent au Canada, était célibataire lorsqu'il a déposé une demande de résidence permanente à Islamabad—Il s'est marié alors que sa demande était en cours d'examen, avant de venir au Canada—Lorsqu'il lui a été demandé au point d'entrée en 2002 s'il avait des personnes à charge qui ne l'accompagnaient pas, il a répondu par la négative—Après s'être établi au Canada, le demandeur a parrainé son épouse dans le cadre de la demande de résidence permanente de celle-ci fondée sur le fait qu'elle était un membre de la famille—L'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente de l'épouse—La SAI a rejeté l'appel au motif que la demande de résidence permanente était un processus continu et que le demandeur aurait dû informer immédiatement l'agent des visas de ce changement dans sa situation; il aurait dû informer l'agent des visas de son mariage au point d'entrée immédiatement à son arrivée—La SAI a conclu que les agissements du demandeur lui interdisaient de parrainer son épouse à l'avenir en raison de l'art. 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Règlement IPR)—La question en litige avait trait

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à l'interprétation correcte de l'expression « à l'époque où cette demande a été faite » à l'art. 117(9)d) du Règlement IPR—S'agit-il du moment où la demande a été présentée (comme dans l'affaire *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 992), ou de toute la période d'examen de la demande, de son dépôt à l'établissement de l'intéressé (comme dans les affaires *Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 510; *Benjelloun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 844; *Tallon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1039)?—La jurisprudence de la Cour fédérale est partagée sur cette question—La Cour a préféré suivre la décision *dela Fuente*—L'expression « à l'époque où cette demande a été faite » se rapporte à l'expression qui précède « le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet »—L'expression « cette demande a été faite » vise le répondant qui a présenté sa demande et non pas les fonctionnaires qui l'ont examinée—La différence entre « la demande » et « l'examen de la demande » est confirmée par l'art. 117(8) du Règlement IPR—L'art. 117(9)d) ne vise pas le problème des répondants faisant de fausses déclarations au moment de leur établissement; le pouvoir de sanctionner les auteurs de déclarations trompeuses figure ailleurs dans la loi (art. 40 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*)—En ce qui concerne la conclusion de la SAI selon laquelle le demandeur n'a pas respecté son obligation de révéler son mariage au point d'entrée (lorsqu'il lui a été demandé s'il avait des « personnes à charge qui ne l'accompagnaient pas »), il est important de signaler qu'il n'y a pas de définition de l'expression « personnes à charge » dans la Loi ou dans le Règlement IPR—Poser cette question en tenant pour acquis qu'un époux est une personne à charge ne correspond pas à la terminologie contemporaine, prête à confusion et peut induire quiconque à donner une réponse erronée—L'expression « à l'époque où cette demande a été faite » s'entend tout simplement du moment où le demandeur a déposé sa demande—Cette interprétation s'accorde avec les finalités de la législation et avec le contexte de la disposition en question et de cette expression—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(8),(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41)—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 40.

TAUSEEF C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3635-04, 2005 CF 1209, juge Phelan, ordonnance en date du 14-9-05, 9 p.)

## Motifs d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire présenté en vertu de l'art. 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* de la décision d'un agent d'immigration, selon laquelle il n'existait pas de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

circonstances d'ordre humanitaire (CH) suffisantes pour dispenser la demanderesse de l'application de l'art. 11(1) de la Loi—La demande était fondée sur les liens étroits avec la famille pour laquelle la demanderesse travaillait et avec laquelle elle habitait au Canada (un père et deux enfants âgés de 13 et de 23 ans), en particulier la relation mère-fille avec la plus jeune, Nadja; la demanderesse et Nadja souffriraient profondément si elle était renvoyée du Canada—L'agent d'immigration a considéré que la demanderesse n'avait pas démontré qu'elle serait exposée à des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives si elle devait quitter le Canada et obtenir un visa de résident permanent de l'extérieur du Canada en suivant la procédure normale—L'agent a reconnu le rôle de mère joué par la demanderesse dans la vie de Nadja et de son frère et certains liens avec sa collectivité au Canada—Selon lui cependant, bien qu'il puisse être difficile de remplacer la demanderesse, il y a des personnes qui offrent leurs services de façon commerciale pour s'occuper d'enfants et d'une maison—L'agent avait indiqué qu'il avait pris en compte l'intérêt supérieur des enfants et que ceux-ci auraient toujours le soutien de leur plus proche parent vivant, leur père—Demande accueillie—Les décisions des agents d'immigration sont assujetties à la norme de la décision raisonnable *simpliciter* : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, expliquée dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247—L'agent n'a pas tenu compte comme il l'aurait dû de l'intérêt supérieur de l'enfant—L'agent avait l'obligation d'examiner l'intérêt supérieur de Nadja en l'espèce—Bien que l'arrêt *Baker* ait eu une application relativement limitée en l'espèce, ce qui n'aidait pas directement la cause de la demanderesse, la Loi modifiée depuis (art. 25(1)) prévoit expressément que la personne saisie d'une demande CH doit tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants directement touchés, le libellé va plus loin que l'intérêt supérieur des enfants des parents—Selon les faits, Nadja était un « enfant directement touché » et son intérêt supérieur devait donc être correctement évalué—La décision de l'agent n'était pas raisonnable—Il a fait référence aux enfants, sans faire de distinction entre les intérêts, les besoins ou les rapports de chacun avec la demanderesse; il n'a pas pris en considération le jeune âge de Nadja et la manière dont elle voyait le rôle de la demanderesse dans la maison; il n'a rien dit des nombreux voyages du père et du fait que la demanderesse était la principale personne à s'occuper de Nadja; il n'a pas reconnu que Nadja souffrira beaucoup plus que son frère—Selon les faits, l'agent n'a pas été « réceptif, attentif et sensible » à l'intérêt de Nadja puisque la nature de cet intérêt et les problèmes qui pourraient être causés à cette dernière n'ont pas été définis—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11(1), 25(1), 72(1).

MOMCILOVIC C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5601-03, 2005 CF 79, juge O'Keefe, ordonnance en date du 20-1-05, 20 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Le Commissaire du Nunavut, le gouvernement du Nunavut et le ministre responsable de la *Loi sur les mesures civiles d'urgence*, désignés ensemble par l'expression les « défendeurs du Nunavut », ont déposé un avis de requête dans lequel ils contestent la compétence de la Cour fédérale sur la cause d'action invoquée contre eux—Action en dommages-intérêt découlant du naufrage d'un navire, l'*Avataq*, entre Churchill, au Manitoba et Arviat, au Nunavut—Les quatre membres de l'équipage ont péri au cours du naufrage—Les successions, les veuves, les enfants des défunts intentent la présente action en invoquant la *Loi sur les accidents mortels du Manitoba*, la *Loi sur les accidents mortels du Nunavut*, la *Loi sur la marine marchande du Canada*, la *Loi sur la responsabilité en matière maritime du Canada*, la *Loi sur les pêches*—Requête accordée, l'action intentée contre les défendeurs du Nunavut est radiée—Cette action est fondée sur le naufrage d'un navire qui a entraîné des pertes de vie—Les demandeurs fondent leur demande contre les défendeurs du Nunavut sur les art. 22(2)d) et (2)g) de la *Loi sur les Cours fédérales* (demande d'indemnisation pour décès causé par un navire ou relié à l'exploitation d'un navire)—L'art. 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* répond à la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 R.C.S. 752 (il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral)—Toutefois, le droit maritime canadien n'est pas essentiel au règlement des demandes présentées par les demandeurs contre les défendeurs du Nunavut—La demande des demandeurs présentée contre les défendeurs du Nunavut est essentiellement fondée sur le droit de la négligence et non pas sur le droit maritime—Dans l'arrêt *Dreifelds v. Burton* (1998), 38 O.R. (3d) 393, la Cour d'appel de l'Ontario a signalé que toutes les activités exercées sur l'eau ne donnent pas nécessairement naissance à des demandes fondées sur le droit maritime canadien; ce n'est que lorsque l'activité à l'origine de la demande a un lien suffisamment étroit avec la navigation, ou avec le commerce maritime qu'elle pourrait être tranchée conformément au droit maritime canadien—Les demandeurs soutiennent que les défendeurs du Nunavut ont commis une faute dans la façon dont ils ont répondu à une situation d'urgence dans les eaux de la baie d'Hudson et en fournissant des services d'urgence conformément à la *Loi sur les mesures civiles d'urgence*—Toutefois, la *Loi sur les mesures civiles d'urgence* ne contient aucune disposition qui concerne directement la prestation de services en cas d'urgence destinés à répondre à un accident survenu sur l'eau—Cependant, même en tenant pour acquis que le ministre défendeur a le pouvoir de prendre des mesures pour répondre à une telle situation d'urgence, ce pouvoir n'a pas pour effet de transformer un accident survenu dans les eaux de la baie d'Hudson en une question de droit maritime—La jurisprudence prédominante exige la présence d'un lien étroit

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

entre les allégations figurant dans la déclaration et le droit maritime canadien—La demande présentée par les demandeurs contre les défendeurs du Nunavut n'a rien à voir avec le domaine de la navigation et de la marine marchande—Les défendeurs n'ont aucun lien avec le navire *Avataq*; ils ne participaient pas à l'exploitation de ce navire dans une des capacités mentionnées à l'art. 22(2)g) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Les activités terrestres des défendeurs du Nunavut, c'est-à-dire la fourniture d'une aide d'urgence, ne constituent pas un lien essentiel avec les activités maritimes et le droit maritime canadien—Les défendeurs du Nunavut ont pour rôle principal d'exercer leurs fonctions respectives dans la gouvernance du Nunavut; la participation des défendeurs du Nunavut aux affaires maritimes, à la marine marchande et à la navigation est simplement accessoire; ce lien accessoire ne permet pas de conclure que la demande des demandeurs découle du droit maritime canadien—Le fait que l'accident à l'origine de la demande concernait l'exploitation d'un navire n'est pas suffisant pour conclure que ce fait donne naissance à une demande fondée sur le droit maritime canadien en l'absence d'allégations indiquant que les défendeurs du Nunavut étaient reliés d'une manière ou d'une autre à l'exploitation, au contrôle ou à la possession du navire, ou qu'ils en étaient responsables—Quant à la question de la compétence personnelle de la Cour à l'égard des défendeurs du Nunavut, en qualité de parties, les demandeurs semblent soutenir que la Cour fédérale est l'instance qui est la mieux placée pour entendre cette action—Cependant, la compétence ne peut découler de considérations de commodité—Il est bien établi que la Cour doit avoir compétence à l'égard des parties ainsi qu'à l'égard de la cause d'action alléguée : *Greeley c. Tami Joan (Le)*, [1996] A.C.F. n° 739 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, [2001] 3 C.F. 641 (C.A.)—L'allégation est fondée sur l'art. 22(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et cet article traite de la compétence à l'égard des actions opposant des administrés—Les défendeurs du Nunavut ne sont pas des « administrés » au sens de l'art. 22(1) : *Sjouwerman v. Valance* (1990), 37 O.A.C. 294 (C.A. Ont.) ([TRADUCTION] « le législateur, en faisant référence à une action "entre administrés" visait une action entre "des personnes" ou "des particuliers" »), ils ont le statut d'autorité publique : *Association olympique canadienne c. Le registraire des marques de commerce*, [1982] 2 C.F. 274 (1<sup>re</sup> inst.)—Tous les défendeurs du Nunavut jouent un rôle dans la gouvernance et l'administration du Nunavut, ils exercent des fonctions publiques, ils représentent des institutions du gouvernement du Nunavut—*Loi sur les mesures civiles d'urgence*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-9—*Loi sur les accidents mortels*, C.P.L.M. ch. F50—*Loi sur les accidents mortels*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-3—*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9—*Loi sur la responsabilité en matière maritime du Canada*, L.C. 2001, ch. 6—*Loi sur les pêches*,

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

—Fin

L.R.C. (1985), ch. F-14—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2) (mod., *idem*, art. 31).

KUSUGAK C. NORTHERN TRANSPORTATION CO. (T-1375-02, 2004 CF 1696, juge Heneghan, ordonnance en date du 3-12-04, 24 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Pratique—Appel interjeté d'une cotisation établie en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi)—Il s'agit de déterminer si l'appelante peut obtenir de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) une ordonnance radiant une partie de l'avis d'appel de l'intimée qui a été modifié à deux reprises alors qu'en réplique, l'appelante a déjà « répondu » à une question soulevée par l'intimée devant la C.C.I. mais non dans l'avis d'opposition présenté au M.R.N.—L'intimée est une « personne déterminée » au sens de l'art. 301(1) de la Loi (pour un historique des dispositions applicables aux personnes déterminées, voir *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. c. R.*, 2003 CAF 471)—Après l'établissement d'une cotisation au titre de la taxe nette additionnelle, plus les intérêts et la pénalité, le dépôt d'un avis d'opposition, l'établissement d'une nouvelle cotisation réduisant la taxe et la pénalité connexe, le dépôt d'un avis d'opposition à la nouvelle cotisation, la confirmation de la nouvelle cotisation et le dépôt d'un appel, l'intimée a ensuite déposé un avis d'appel modifié dans lequel elle a tenté pour la première fois de soulever la défense de la diligence raisonnable qui a été reconnue par la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. Consolidated Canadian Contractors Inc.*, [1999] 1 C.F. 209 (C.A.)—Le juge de la Cour de l'impôt (*Telus Communications (Edmonton) Inc. v. Canada*, 2004 TCC 476) a rejeté la requête en radiation des paragraphes soulevant la défense de la diligence raisonnable pour le motif que l'appelante avait lié contestation sur la question de la pénalité et que, ce faisant, elle ne pouvait pas prétendre que les paragraphes en cause constituaient un abus de procédure—La notion de « réponse » (*pleading over*) a été expliquée dans *Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble et al.*, [1985] A.C.F. n° 517 (QL); *Montreuil c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 528 (1<sup>re</sup> inst.)—Appel accueilli—Dans un appel visant une « personne déterminée », la C.C.I. n'a pas la compétence requise pour trancher une question qui n'a pas été soulevée en bonne et due forme dans l'avis d'opposition—La « personne déterminée » a le droit de s'opposer à toute question ayant trait à une cotisation, mais elle doit déposer un avis d'opposition qui satisfait aux exigences de l'art. 301(1.2) de la Loi : la question doit être suffisamment décrite, elle doit

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

être quantifiée et elle doit être appuyée par un exposé des faits et des motifs—La « personne déterminée » peut également s'opposer à une nouvelle cotisation, mais seulement relativement aux questions soulevées dans le premier avis d'opposition ou aux nouvelles questions soulevées dans une nouvelle cotisation (art. 301(1.4), (1.5) de la Loi)—Les mêmes restrictions s'appliquent à un appel devant la C.C.I.—La « personne déterminée » peut interjeter appel devant la C.C.I. seulement à l'égard d'une question soulevée en bonne et due forme dans son avis d'opposition à l'égard du redressement demandé relativement à cette question, tel qu'il est exposé dans l'avis d'opposition—Une question est soulevée en bonne et due forme dans la mesure où elle respecte les exigences de l'art. 301(1.2) de la Loi—En l'espèce, la question de la diligence raisonnable n'a jamais été soulevée dans un avis d'opposition—La demande de l'intimée d'annuler « les intérêts et pénalités connexes », mentionnée seulement dans son avis d'opposition à la nouvelle cotisation, ne faisait pas allusion à la question de la diligence raisonnable, mais était plutôt liée à la réduction des intérêts et des pénalités découlant de la demande de réduction des rajustements de taxe nette—L'intimée ne peut donc pas soulever la défense de diligence raisonnable dans son avis d'appel modifié à deux reprises devant la C.C.I.—Une distinction a été faite avec *Kibale c. Canada*, [1990] A.C.F. n° 1079 (C.A.) (QL) : il est inutile d'établir une analogie avec les règles applicables dans le cas de lois sur la prescription—Les parties ne peuvent par leurs agissements conférer à la C.C.I. une compétence que la loi ne lui reconnaît pas : *Canada c. Krahenbil*, [2000] A.C.F. n° 801 (C.A.F.)—Plaider une cause d'action sur laquelle la Cour n'a pas compétence pour statuer constitue clairement un emploi abusif des procédures : *Weider c. Beco Industries*, [1976] 2 C.F. 739 (1<sup>re</sup> inst.); par conséquent, la requête présentée par l'appelante en vertu de l'art. 53 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)* était correcte—*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 301(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 82), (1.2) (édicte, *idem*), (1.4) (édicte, *idem*), (1.5) (édicte, *idem*)—*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688, art. 53.

CANADA C. TELUS COMMUNICATIONS (EDMONTON) INC. (A-369-04, 2005 CAF 159, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 6-5-05, 14 p.)

**TARIF DES DOUANES**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le M.R.N. a rejeté la demande dans laquelle la demanderesse a demandé d'être exonérée du paiement des droits de douane et des taxes (demande de remboursement par drawback) relativement aux

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

retailles de tissu résultant de la production au Canada de robes fabriquées à partir de tissus importés—Le M.R.N. a-t-il eu raison de conclure que les retailles de tissu ne pouvaient pas être qualifiées de « marchandises surannées ou excédentaires » au sens des art. 109 et 110 du *Tarif des douanes*?—Demande rejetée—Application de principes d'interprétation législative reconnus : interprétation des termes dans leur contexte global et en évitant de produire des conséquences absurdes—Adoption du point de vue pragmatique et fonctionnel énoncé dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, car il s'agit d'une question d'interprétation législative, et c'est la norme de la décision correcte qui s'applique—La question est celle de savoir si l'intention du législateur était d'inclure les retailles de tissu dans le sens attribué aux « marchandises » dans l'expression « si les marchandises découlant de la transformation deviennent des marchandises [. . .] excédentaires »—Vu la distinction faite aux art. 120 à 122 du *Tarif des douanes* entre « marchandises » et « résidus ou déchets », les retailles de tissu sont des « résidus ou déchets » et non des « marchandises »—Remarque incidente : pour ce qui est de la Note de service D7-2-3 sur les marchandises surannées ou excédentaires, les art. 23 et 24 ne s'appliquent pas car les résidus et déchets dont ils font état sont importés en tant que tels tandis que le tissu en cause n'est devenu un résidu ou un déchet que par suite de sa transformation—*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, art. 109, 110, 120, 121, 122.

A & R DRESS CO. INC. c. M.R.N. (T-1374-03, 2005 CF 681, juge Shore, ordonnance en date du 17-5-05, 15 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Contrôle judiciaire des décisions du ministre des Transports de révoquer les habilitations de sécurité en matière de transport (HST) des demanderesse afin de donner suite à la recommandation du Comité d'examen d'autorisation d'accès aux zones réglementées d'aéroports—La seule question en litige est l'équité procédurale—La recommandation et la décision reposaient sur les liens qu'entretenaient les demanderesse avec un criminel notoire—Les demanderesse ont présumé que la recommandation du Comité d'examen reposait sur le fait qu'elles avaient offert d'agir à titre de cautions dans une cause criminelle qui retenait l'attention du public et elles ont par la suite informé le Comité d'examen qu'elles avaient donné instruction à l'avocat de l'accusé de les dégager de leur obligation d'agir comme cautions—Le rapport dont le Comité d'examen avait été saisi faisait état d'autres faits : M<sup>me</sup> Kosta, l'une des demanderesse, était la petite amie de l'accusé depuis de nombreuses années, avait cessé de cohabiter avec lui peu de temps seulement avant de demander son HST, avait été présente lors de plusieurs comparutions de

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

l'accusé en cour, avait témoigné en sa faveur; selon un détective présent à l'audience, M<sup>me</sup> Kosta ferait passer les intérêts de son petit ami avant ceux de la police ou de son employeur—En ce qui concerne l'autre demanderesse, M<sup>me</sup> DiMartino, le rapport mentionnait qu'elle était une amie intime de M<sup>me</sup> Kosta depuis sept ans, qu'elle et son mari rendaient visite régulièrement à M<sup>me</sup> Kosta et à son petit ami, qu'elle savait que le petit ami avait un casier judiciaire, qu'elle et son mari étaient disposés à ce que la valeur nette de leur maison serve de caution pour lui—Le rapport mentionnait que l'avocat de la Couronne était certain que les demanderesse n'avaient pas été relevées de leur obligation d'agir à titre de cautions, ce qui mettait en question la crédibilité des demanderesse—Les demanderesse ont soutenu qu'elles n'avaient pas été suffisamment informées pour être en mesure d'avoir une occasion véritable de faire valoir leurs points de vue devant le Comité d'examen—L'étendue de l'obligation d'équité procédurale à laquelle ont droit les demanderesse doit être déterminée en fonction des critères établis dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 : (i) la nature de la décision et du processus suivi; (ii) le régime législatif; (iii) l'importance de la décision pour les droits ou privilèges des demanderesse; (iv) les attentes légitimes des demanderesse; (v) le choix de procédure que fait le décideur—(i) Comme la décision de révoquer une HST se fait en trois étapes (le SCRS, le Directeur de la Sécurité préventive ou le Directeur général de la Sécurité et des préparatifs d'urgence doit être d'avis qu'il y a des motifs de douter du fait que le détenteur de l'HST a les qualités requises, puis, le Comité d'examen doit évaluer et soulever les renseignements aux fins de formuler une recommandation au ministre; finalement le ministre prend la décision), ce facteur milite en faveur d'une obligation plus que minimale sans exiger un niveau de protection procédurale élevé—(ii) Le régime législatif ne prévoit aucun appel, mais la décision est sujette au contrôle judiciaire, ce qui indique qu'une plus grande équité procédurale est exigée—(iii) La décision revêt une importance assez considérable puisque les emplois des demanderesse sont en jeu : distinction faite d'avec *Motta c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 27, et *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653—(iv) Rien dans la preuve ne permet de conclure que les demanderesse pouvaient légitimement s'attendre à ce qu'une certaine procédure soit suivie avant que leurs HST soient révoquées—(v) La Loi est muette en ce qui a trait à la procédure à suivre ce qui laisse donc au ministre une discrétion totale pour choisir la procédure qu'il utilisera—Tous les documents, incluant le rapport de l'analyste, ont été divulgués aux demanderesse après que la décision finale eut été rendue, à l'exception des noms de certains individus; aucune raison n'a été donnée afin d'expliquer pourquoi une liste détaillée des faits et des opinions qui figurent dans le rapport de renseignements ne pouvait pas être remise aux

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

demandersses avant qu'elles fassent valoir leurs points de vue devant le Comité d'examen—L'obligation d'équité n'exige pas la tenue d'une audience formelle et complète, mais elle requiert que les demandersses aient une possibilité réelle de faire valoir leurs points de vue avant que la décision finale soit rendue—Pour ce faire, elles doivent savoir ce qui leur est reproché—En l'espèce, les demandersses n'ont pas eu une telle possibilité—Même si les chances de succès des demandersses semblent très minces lorsque les causes seront réexaminées, la Cour ne pouvait pas conclure que la révocation était une issue inévitable—Le ministre a violé l'obligation d'équité qui lui incombait; les révocations doivent être annulées.

DiMARTINO C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS)  
(T-814-03, 2005 CF 635, juge Gauthier, ordonnance en date du 17-5-05, 20 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****CHARTRE DES DROITS***Libertés fondamentales*

Contrôle judiciaire de la décision du ministre qui a rejeté la demande de la SRC (qui a invoqué la liberté de la presse et le principe selon lequel les tribunaux siègent en audience publique) pour avoir accès aux audiences de la commission d'enquête (la commission) enquêtant sur les incendies survenus à bord du NCSM *Chicoutimi* le 5 octobre 2004, ainsi que sur la mort du LtV Saunders et les blessures subies par les autres membres de l'équipage—Demande rejetée—L'enquête devait être conduite conformément à l'art. 45 de la *Loi sur la Défense nationale, des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) et du mandat confié à la commission—La commission était appelée à formuler toutes les conclusions pertinentes quant aux incendies, au décès et aux blessures survenus à bord du NCSM *Chicoutimi*—L'art. 21.47 des ORFC exigeait que le procès-verbal de la commission d'enquête renferme des conclusions déterminant si quelqu'un était à blâmer pour la mort ou les blessures—Le par. 12 du mandat prévoyait que le président de la commission d'enquête devait veiller à ce que les délibérations se déroulent de façon à maintenir un juste équilibre entre l'intérêt qu'avait le public à être informé sur l'avancement des travaux et l'intérêt qu'il avait à ce que soient respectées les règles de sécurité et de confidentialité ainsi que les exigences opérationnelles et règles qui régissent les relations internationales (cette directive visait à faire en sorte que toute l'information appropriée et raisonnable soit rendue publique); le mandat prévoyait également que le président pouvait autoriser la présence de personnes ayant un intérêt direct et réel en ce qui avait trait aux travaux de la commission en matière de décès et de blessures—La commission a rejeté

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

la demande de la SRC d'assister aux audiences au motif qu'elle avait été mise sur pied pour procéder à une enquête administrative interne; que l'enquête n'était ni une instance judiciaire ou quasi judiciaire ni une enquête publique aux termes de la *Loi sur les enquêtes*; que le mandat devait être exécuté dans un délai très court et la publicité des audiences aurait entraîné des retards, étant donné qu'il aurait fallu vérifier que la communication de certains renseignements ne compromettrait pas la protection des renseignements personnels, la sécurité, les exigences opérationnelles et les relations internationales; qu'elle respectait déjà le par. 12 du mandat en affichant l'information sur le site Web du MDN, en accordant des entrevues aux médias et en distribuant des documents; elle avait également invité un représentant de la famille Saunders, qui avait un intérêt direct et réel, à assister aux audiences—La Loi, les règlements et le mandat doivent faire l'objet d'une interprétation fondée sur les normes modernes : *Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285 (la disposition législative doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération non seulement le sens ordinaire et grammatical des mots, mais aussi l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur; cette méthode s'impose, avec les adaptations nécessaires, pour l'interprétation de textes réglementaires)—Concernant la question de savoir si la commission d'enquête exerçait des fonctions quasi judiciaires, la norme applicable était celle de la décision correcte—Concernant la question de savoir si le président de la commission avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire, la norme applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter*—En application de l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 495, la commission en cause n'exerçait pas de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires—Il s'agissait essentiellement d'une enquête privée—La commission ne tenait pas des audiences au sens judiciaire de ce terme ni ne se prononçait sur les droits et obligations des individus—La procédure n'était pas de nature accusatoire—L'obligation de formuler des conclusions au sujet de la responsabilité n'était pas de nature juridictionnelle—La décision *Travers c. Canada (Chef d'état-major)*, [1993] 3 C.F. 528 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par *sub nomine Travers c. Canada (Commission d'enquête sur les activités du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien en Somalie)*, [1994] A.C.F. n° 932 (C.A.) (QL) (qui avait rejeté une demande visant à ce qu'on ordonne que la commission d'enquête tienne des audiences publiques) a été appliquée—Aux fins de la présente demande, la SRC a été assimilée au grand public—Le président de la commission aurait pu permettre à la presse d'assister aux audiences, en se réservant la possibilité de l'exclure en fonction des sujets abordés—Dans l'ensemble, le président de la commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable—Enfin, il n'était pas déraisonnable pour le président de la commission de refuser d'entendre des arguments présentés

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

oralement par la SRC—*Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 45(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, ann. 1, art. 24)—*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, ch. 21, art. 21.47—*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.

GORDON C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-1976-04, 2005 CF 335, juge Harrington, ordonnance en date du 8-3-05, 21 p.)

**PRINCIPES FONDAMENTAUX**

Taxation—Requête visant à trancher deux questions de droit : la partie II du *Règlement sur les droits de licence de radiodiffusion* va-t-elle à l'encontre de la *Loi sur la radiodiffusion* si les droits imposés sous son régime sont considérés être une taxe?; la *Loi sur la radiodiffusion* constitue-t-elle une délégation inefficace du pouvoir de taxation du Parlement si les droits imposés sous son régime sont considérés être une taxe?—La Cour a donné une réponse affirmative à ces deux questions—Les demanderesse contestent la validité des redevances prélevées en vertu du *Règlement* au motif qu'il ne s'agit pas de « droits » parce qu'il n'existe aucun lien nécessaire avec le prix ou la valeur de ce que le titulaire de licence retire du privilège de détenir une licence; il s'agit en réalité d'une « taxe »—La Couronne plaide que ces charges sont des « droits » et non des « taxes », et que, à supposer qu'il s'agisse de « taxes », leur prélèvement est autorisé par l'art. 11 de la *Loi*, et donc qu'il n'y aurait pas de délégation irrégulière du pouvoir de taxation du Parlement—Toutefois, les deux questions en litige supposent que les droits imposés sont considérés comme une « taxe »—Il existe une réelle différence entre une « taxe » et des « droits »—Une redevance est considérée être une taxe si elle est : 1) exigible; 2) imposée sous l'autorité de la législature; 3) perçue par un organisme public; 4) perçue pour une fin d'intérêt public : *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565—Pour parler de droits, il doit y avoir un rapport entre la somme exigée et le coût du service fourni : *Eurig Estate (Re)*—Le sens ordinaire et grammatical des dispositions législatives et réglementaires en question révèle qu'il s'agit d'un pouvoir d'exiger des « droits », non des « taxes »—Une taxe est un prélèvement pour percevoir des revenus à des fins générales, tandis que des droits sont un prélèvement pour recevoir paiement pour des services directement rendus; il existe une troisième catégorie de prélèvements visant à financer ou à créer un régime de réglementation, à savoir ceux qui constituent une redevance de nature réglementaire ou qui sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation : *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134—En ce qui a trait à la première question, si les droits prévus à la partie II du *Règlement* sont considérés être une « taxe », alors les

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

« droits » de la partie II, en tant que taxes, vont à l'encontre de l'art. 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*—La *Loi* prévoit expressément l'imposition de droits et non de taxes—En conséquence, il n'est pas strictement nécessaire de répondre à la seconde question car, si le pouvoir délégué ne comprend pas le pouvoir de taxer, les exigences relatives à la validité de la délégation d'un pouvoir de taxation ne sont pas pertinentes—La jurisprudence (*Eurig Estate; Ontario English Catholic Teachers' Assn c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470) a clairement établi que toute délégation par la législature ée de son pouvoir de taxation doit être claire, spécifique et explicite—Même si on présumait que la disposition réglementaire en cause était conforme à la loi, les critères susmentionnés ne sont pas remplis—*Règlement de 1997 sur les droits de licence de radiodiffusion*, DORS/97-144, partie II—*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 11.

ASSOC. CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS C. CANADA (T-2277-03, T-276-04, 2005 CF 1217, juge Hugessen, ordonnance en date du 9-9-05, 8 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Requêtes de la défenderesse Chemex Ltd. (Chemex), affréteur du *Tuapse*, et de la défenderesse Novorossiysk Shipping Co. (Novoship), propriétaire du *Tuapse*, en suspension en faveur d'un arbitrage à Londres, conformément aux modalités d'une charte-partie, à laquelle s'ajoutent des connaissements incorporant cette charte-partie, et à l'art. 8 du *Code d'arbitrage commercial*, contenu dans la *Loi sur l'arbitrage commercial*—Cette suspension est demandée contre la demanderesse, Dongnam Oil & Fats Co. Ltd. (Dongnam), propriétaire d'une cargaison partielle d'huile comestible transportée sur le *Tuapse*—En mai 2001, le *Tuapse* a été affrété par Chemex pour une période déterminée à la faveur d'une charte-partie principale; la charte-partie comprenait une clause d'arbitrage à Londres—En mai 2002, Chemex a affrété le navire à la demanderesse Dongnam pour le transport de graisse jaune et de suif qui peut être blanchi, depuis Newark (New Jersey) jusqu'à Incheon (Corée)—Le formulaire Vegoil d'affrètement au voyage, utilisé entre Chemex et Dongnam, dans sa forme habituelle, prévoit l'arbitrage à New York (clause 31), mais l'accord d'affrètement modifiait la clause pour qu'elle dispose que le règlement des différends aurait lieu à Londres, selon les lois anglaises—Deux connaissements ont été émis et ils incorporaient la charte-partie au voyage conclue entre Chemex et Dongnam—La cargaison en cause a été transbordée, du *Tuapse* au *Chembulk Clipper*, un transfert de navire à navire (la cargaison elle-même ne touchant jamais la rive ni ne traversant un quai) qui s'est déroulé à Nanaimo (Colombie-

**DROIT MARITIME—Suite**

Britannique); cette opération est pour l'essentiel à l'origine de la réclamation de la demanderesse, qui concerne à la fois la rupture de la charte-partie et la perte de la marchandise au cours du transbordement, perte résultant du dommage et de la dilution par la vapeur et par l'eau—Chemex a en fait introduit une procédure d'arbitrage à Londres et a obtenu gain de cause, puisque le faux-fret, entre autres, lui a été accordé—Les sentences arbitrales sont définitives, puisque aucun appel n'a été interjeté—La demanderesse a refusé de satisfaire aux sentences arbitrales—La demanderesse prétend qu'en vertu de l'art. 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (la Loi), l'action ne devrait pas être suspendue en faveur de l'arbitrage à Londres—Aucune des parties à la présente action n'a un lien quelconque avec le Canada; le contrat n'a pas non plus été conclu au Canada—Cependant, la demanderesse dit que le transbordement entre navires à Nanaimo constitue un chargement ou un déchargement dans un port canadien au sens de l'art. 46 de la Loi—Requête en suspension de Chemex accordée—L'art. 46 ne s'applique pas au transbordement; il n'y a pas eu de chargement—Le chargement est une obligation conjointe qui fait intervenir à la fois le propriétaire de la cargaison et l'armateur—En l'espèce, ce qui a eu lieu était un transbordement pur et simple entre navires placés côte à côte, sans aucun des aspects réciproques habituels du chargement—Il convient d'interpréter la loi d'une manière restrictive lorsqu'il y a empiètement sur l'exercice des droits contractuels de commerçants étrangers, droits qui ne relèvent pas clairement et manifestement de la loi en cause—L'art. 46 de la Loi est une limite à la liberté de contracter et il doit donc être interprété étroitement—Dans la présente espèce, aucun sujet, citoyen ou résident n'est concerné, ce sont plutôt des sociétés étrangères qui se trouvent, sur l'initiative de la demanderesse, engagées dans une action devant la Cour fédérale du Canada, action assujettie à une loi canadienne, elle-même conçue pour faciliter les activités de ceux qui ont un lien avec le Canada—Le législateur n'entendait pas abolir, restreindre ou entraver les droits de telles sociétés, à moins qu'elles n'entrent manifestement dans le champ de la loi—Application de l'arrêt *H.B. Contracting Ltd. v. Northland Shipping (1962) Co. Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 209 (B.C.C.A.)—L'art. 46(2) n'est pas applicable, car il n'y a aucune preuve d'accord et qu'un accord selon l'art. 46(2) de la Loi suppose au départ que selon l'art. 46(1) le Canada est l'État du for et que les parties se sont entendues pour porter leurs éventuels différends devant les juridictions d'un autre État—En ce qui concerne une convention d'arbitrage insérée dans une charte-partie qui est incorporée dans un connaissance, on doit déterminer si la clause compromissoire a effectivement été incorporée aux connaissances; en second lieu, on doit décider si la clause compromissoire est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée » au sens de l'art. 8(1) du *Code d'arbitrage commercial : Thyssen Canada Ltd. c. Mariana (Le)*, [2000] 3 C.F. 398 (C.A.)—Dans la

**DROIT MARITIME—Fin**

charte-partie conclue entre Chemex et Dongnam, il y a manifestement entente sur un arbitrage à Londres, nécessitant ainsi effectivement une suspension entre ces parties en faveur d'un arbitrage à Londres : *Mariana*, au par. 24—Toutefois, Novoship n'est pas fondée à s'en remettre à la clause d'arbitrage à Londres de la charte-partie incorporée par référence dans les connaissances—Application de l'arrêt *Rena K (The)*, [1979] All E.R. 397 : les termes d'incorporation qui figurent dans le connaissance sont généraux, ils ne parlent pas d'arbitrage et ils ne suffisent donc pas à transposer dans le connaissance la clause d'arbitrage figurant dans la charte-partie; la clause d'arbitrage de la charte-partie ne fait nulle part référence à un arbitrage selon des connaissances—Par conséquent, la requête en suspension de Novoship doit être rejetée—*Code d'arbitrage commercial*, qui constitue l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 8—*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.

DONGNAM OIL & FATS CO. C. *TUAPSE* (LE) (T-1843-02, 2004 CF 1732, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 10-12-04, 25 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Contrôle judiciaire portant sur l'évaluation environnementale et l'approbation réglementaire du projet de mine de charbon Cheviot, dans l'Ouest de l'Alberta—Les demandeurs contestaient la légalité d'une autorisation délivrée par le ministère des Pêches et des Océans (MPO) en vertu de la *Loi sur les pêches*, qui permettait à la défenderesse, Cardinal River Coals (CRC), d'entreprendre les travaux de construction de la mine de charbon—Les demandeurs contestaient également la décision du MPO de ne pas réaliser d'évaluation environnementale en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE) relativement aux modifications apportées au projet—En 1996, CRC a déposé une demande d'approbation de projet auprès de l'Alberta Energy and Utilities Board, du ministère de l'Environnement de l'Alberta et du MPO, dans laquelle elle proposait de construire et d'exploiter une mine de charbon (projet Cheviot) située près de la ville de Hinton (Alberta)—Le projet devait faire l'objet de trois autorisations en vertu de l'art. 35(2) de la *Loi sur les pêches*—Une commission mixte d'examen fédérale-provinciale (commission mixte) chargée de réaliser une évaluation environnementale a recommandé, en 1997, que le projet Cheviot reçoive l'approbation réglementaire, sous réserve de certaines mesures d'atténuation—Le MPO a publié une réponse (réponse fédérale), dans laquelle il appuyait la recommandation de la commission qui confirmait que la mise en œuvre de mesures d'atténuation était nécessaire notamment quant aux ours grizzlis, et que des conditions pour assurer la protection des oiseaux migrateurs devaient être incluses dans

**ENVIRONNEMENT—Suite**

les autorisations pertinentes délivrées en vertu de la *Loi sur les pêches*—En septembre 2000, soit après le contrôle judiciaire (*Alberta Wilderness Assn. c. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 C.F. 425 (1<sup>re</sup> inst.)), la commission mixte a publié son deuxième rapport qui, une fois encore, recommandait que le projet Cheviot reçoive l'approbation réglementaire—Une autre réponse fédérale a suivi—En août 2002, CRC a annoncé qu'elle réaliserait le projet Cheviot sous une forme modifiée et à beaucoup plus petite échelle—Le charbon devait être transporté vers une usine existante par une nouvelle voie de desserte—La voie de desserte a reçu les autorisations nécessaires; elle est exploitée depuis octobre 2004—En décembre 2003, CRC a demandé au MPO de lui délivrer une autorisation pour la construction de la mine—Cette autorisation, qui fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire, a été délivrée en septembre 2004, sans nouvelle évaluation environnementale—Elle permettait l'installation d'une structure de contrôle de l'eau à la jonction de la crique afin de retenir les eaux et de former un bassin de sédimentation—Questions en litige : 1) Le MPO avait-il l'obligation de procéder à une évaluation environnementale des modifications apportées au projet Cheviot, en vertu de l'art. 15(3) de la LCEE? 2) Le MPO a-t-il commis une erreur en concluant que la voie de desserte ne nécessitait pas d'évaluation environnementale en vertu de l'art. 5 de la LCEE? 3) Le MPO a-t-il commis une erreur en délivrant l'autorisation relative à la mine, sans veiller à la mise en œuvre des mesures d'atténuation mentionnées dans les réponses fédérales, de sorte qu'en contravention avec l'art. 37(1.1) de la LCEE, l'autorisation n'était pas conforme aux réponses fédérales? 4) Le MPO a-t-il agi de manière contraire à la loi en délivrant une autorisation qui permet des activités interdites par la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs* et le *Règlement sur les oiseaux migrateurs*?—Dans le cadre de la LCEE, les questions relatives à l'interprétation de la loi sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte tandis que les questions relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'autorité responsable tel que prévu aux art. 15 et 16 de la LCEE sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*—Sans prendre de décision définitive, la Cour a retenu que la norme de contrôle applicable à la décision prise par le MPO, en vertu de l'art. 37(1.1) de la LCEE, était celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Demandes rejetées—1) L'art. 15(3) de la LCEE n'impose aucune obligation de réaliser une évaluation vu que la voie de desserte n'est pas une « modification » du projet Cheviot, au sens de la définition de « projet » des art. 2(1) et 15(3) de la LCEE—Aucune décision de jurisprudence n'oblige l'autorité responsable à rouvrir une évaluation environnementale achevée—L'art. 15(3) de la LCEE n'impose aucune obligation en soi de réaliser une évaluation environnementale hors du cadre du projet déterminé en application de l'art. 15(1) de la LCEE—En

**ENVIRONNEMENT—Suite**

l'espèce, la voie de desserte n'était pas comprise dans le cadre du projet—Les modifications au projet Cheviot pouvaient, de fait, réduire l'impact sur l'environnement—Le fait que la biologiste spécialisée en étude d'impact se soit appuyée par erreur sur l'art. 24 de la LCEE n'est pas pertinent parce qu'elle a pris les mesures appropriées exigées par l'art. 37(1.1) de la LCEE—L'art. 15(3) de la LCEE ne s'appliquait pas, et une nouvelle évaluation pour le projet Cheviot n'était pas nécessaire—2) Le MPO n'a pas commis d'erreur en concluant que la voie de desserte ne nécessitait pas d'évaluation environnementale en vertu de l'art. 5 de la LCEE—La chaussée sur laquelle on a établi la voie de desserte a fait l'objet d'une demande d'autorisation, laquelle a été accordée dans le cadre du projet Cheviot d'origine; l'objectif premier de la chaussée consistait à créer un bassin de sédimentation—La nécessité de créer des bassins a été examinée par la commission mixte—3) Le MPO n'a pas commis d'erreur en accordant l'autorisation relative à la mine, sans veiller à la mise en œuvre des mesures d'atténuation mentionnées dans les réponses fédérales—a) Au sujet des canards arlequins, le fait que le décideur (la biologiste) n'ait pas imposé de conditions dans l'autorisation n'était pas déraisonnable compte tenu de l'information dont il disposait—De toute façon, le MPO s'était engagé à modifier l'autorisation si Environnement Canada le jugeait nécessaire—b) Au sujet de la protection des ours grizzlis, le MPO a pris toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que les mesures d'atténuation précisées dans les réponses fédérales soient mises en œuvre—La dissolution de certains comités créés en vue de protéger les ours grizzlis n'est pas significative eu égard aux initiatives communes fédérales-provinciales visant à gérer les effets cumulatifs nuisibles sur la population des ours grizzlis et à mettre en œuvre les recommandations formulées dans les rapports de la commission mixte—La décision d'accorder l'autorisation relative à la mine était conforme aux réponses fédérales sur la question de la protection des ours grizzlis—4) La règle *d'issue estoppel* ne s'appliquait pas compte tenu des conclusions de la Cour dans *Alberta Wilderness Association* puisque les parties à l'instance n'étaient pas les mêmes, que l'autorisation relative à la mine n'avait pas été rédigée à l'époque de cette décision, et que les questions en litige n'étaient pas identiques; enfin, les conclusions de la Cour quant au *Règlement sur les oiseaux migrateurs* ne faisaient pas partie des motifs sur lesquels était fondé le jugement final—Compte tenu de la différence importante quant à la quantité de stériles en jeu, il serait inapproprié de faire preuve de déférence à l'égard de la conclusion voulant que le dépôt de roche soit nocif dans le contexte de l'autorisation relative au couloir d'accès, ou de s'appuyer sur une telle conclusion, dans le contexte de l'autorisation relative à la mine vu les faits limités dont la Cour est saisie—Le MPO, à titre d'organisme de réglementation, ne peut être tenu responsable des agissements de CRC dans l'éventualité où cette dernière

**ENVIRONNEMENT—Fin**

contreviendrait à l'art. 35(1) du *Règlement sur les oiseaux migrateurs*—L'affaire *R. v. Ontario (Ministry of Environment)*, [2001] O.J. n° 2581 (C.J. Ont.) (QL), n'appuie en rien l'argument voulant qu'en accordant une autorisation en vertu du mandat qui lui est conféré par la loi, le MPO « permet le dépôt » au sens prévu à l'art. 35(1) du *Règlement sur les oiseaux migrateurs*—La décision permet de souligner la distinction que l'on doit établir entre l'entité publique agissant à titre d'organisme chargé d'accorder des autorisations et l'entité publique assumant un véritable rôle de gestion et de contrôle d'une propriété—En accordant l'autorisation relative à la mine en vertu de la *Loi sur les pêches*, le MPO ne « permet » pas à CRC de déposer des « millions de tonnes de stériles et de matériaux dans le lit des cours d'eau et les zones fréquentées par les oiseaux migrateurs »—Même si on arrivait à un tel résultat (ce qui est loin d'être prouvé), le comportement du MPO en délivrant l'autorisation en vertu de la *Loi sur les pêches* n'est pas « contraire à la loi », au sens de l'art. 18.1(4)f) de la *Loi sur les Cours fédérales*, simplement parce que le dépôt de ces matériaux peut être interdit en vertu de l'art. 35(1) du *Règlement sur les oiseaux migrateurs*—*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35(2)—*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 5, 15(1),(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 21(F)), 24 (mod., *idem*, art. 27(F)), 37(1.1) (mod., *idem*, art. 3)—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, c. 8, art. 14), 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (4) (édicte, *idem*; 2002, ch. 8, art. 27), f)—*Règlement sur les oiseaux migrateurs*, C.R.C., ch. 1036, art. 35(1)—*Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.R.C. (1985), ch. M-7.

PEMBINA INSTITUTE FOR APPROPRIATE DEVELOPMENT C.  
CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS)  
(T-1488-04, 2005 CF 1123, juge Snider, ordonnance en  
date du 17-8-05, 39 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****COMPÉTENCE**

Contrôle judiciaire de la décision rendue par un arbitre nommé en vertu de l'art. 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP)—Le défendeur, un avocat à Anciens Combattants Canada, a reçu pour directive du directeur général de la Division des ressources humaines conformément au Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique de refuser un legs de 5 000 \$ prévu dans le testament de la veuve d'un ancien combattant à laquelle il avait prêté assistance cinq ans plus tôt et avec laquelle il n'avait eu aucun contact depuis—Le défendeur s'est conformé à l'ordre, puis a contesté la

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

décision en déposant un grief—Après avoir porté le grief jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, le défendeur a renvoyé l'affaire à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la LRTFP tout en présentant une demande de contrôle judiciaire de la décision finale rendue sur le grief—Le demandeur sollicite en l'espèce l'annulation de la décision de l'arbitre en faisant valoir que l'arbitre n'avait pas compétence en vertu de l'art. 92 de la LRTFP et qu'il a commis une erreur sur le fond en concluant qu'il n'y a pas eu manquement au Code—Demande accueillie—L'art. 92(1b)(i) exige que, pour que l'arbitre ait compétence, le grief porte sur « une mesure disciplinaire entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire »—L'arbitre, après avoir fait remarquer que l'employé qui ne se conforme pas au Code « s'expose à des mesures disciplinaires, y compris, le cas échéant, le congédiement » (art. 33 de la LRTFP), a estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'un employé désobéisse à un ordre pour pouvoir envoyer l'affaire à l'arbitrage—L'arbitre a estimé qu'il aurait été raisonnable pour le défendeur de s'attendre à ce que des mesures disciplinaires et une sanction pécuniaire soient prises contre lui s'il avait refusé de retourner le legs et que, par conséquent, le critère de la « mesure disciplinaire entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire » était rempli—L'arbitre a fondé sa compétence sur une mesure disciplinaire et une sanction pécuniaire appréhendées—La norme de contrôle applicable à la question de la compétence est celle de la décision raisonnable *simpliciter* : l'application du libellé de l'art. 92(1b)(i) aux faits de l'espèce afin de déterminer s'il s'agit d'une « mesure disciplinaire entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire » est une question mixte de fait et de droit—La décision de l'arbitre selon laquelle l'affaire était visée par le libellé de l'art. 92(1b)(i) de la LRTFP était déraisonnable—Cette disposition vise une mesure disciplinaire qui a été prise et entraîne la suspension ou une sanction pécuniaire, et non une mesure disciplinaire qui pourrait être prise—Le fait que le défendeur ne puisse pas avoir recours à l'arbitrage n'entraîne pas d'injustice grave, car il peut demander à la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire de la décision rendue au dernier palier—Il était déraisonnable de la part de l'arbitre d'interpréter l'expression « mesure disciplinaire » comme si elle visait également les mesures disciplinaires possibles ou même, les mesures disciplinaires probables—Il n'était pas nécessaire de décider si l'ordre de rendre le legs constituait une « sanction pécuniaire »—Aux fins de l'espèce, il suffit de dire qu'aucune sanction pécuniaire « résultant » d'une mesure disciplinaire n'aurait pu être prise étant donné qu'aucune mesure disciplinaire n'avait été prise—Compte tenu de la décision rendue sur la question de la compétence, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé de la décision—Le bien-fondé peut être examiné dans le cadre du contrôle

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

judiciaire de la décision finale rendue sur le grief—*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 33, 92(1)b)(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ASSH (T-1596-04, 2005 CF 734, juge suppléant Strayer, ordonnance en date du 24-5-05, 11 p.)

**FORCES ARMÉES**

Le demandeur était membre des Forces armées depuis 13 ans lorsque, blessé à l'épaule et souffrant d'un syndrome de stress post-traumatique (SSPT), il a demandé et obtenu sa libération des Forces armées—Bien qu'il reçoive une pleine pension d'invalidité pour ses blessures et maladie, le demandeur a d'abord déposé, avant sa libération, un grief pour tenter, sans succès, d'obtenir une compensation monétaire additionnelle, et invoque maintenant l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour réclamer une réparation monétaire—La Couronne prétend que la décision du chef d'état-major à l'égard du grief déposé a l'effet de chose jugée; elle plaide subsidiairement la prescription à l'égard de la cause d'action—En 1996, le demandeur subit une blessure à l'épaule le rendant inapte à participer aux missions à l'étranger—Néanmoins, on déclare le demandeur apte à participer à titre de photographe à une mission de paix en Haïti en 1997—Là, il doit participer à une opération de récupération de cadavres provenant d'un bateau naufragé, ce qui aggravera sa blessure à l'épaule et déclenchera un SSPT—Son SSPT n'est pas adéquatement traité à son retour au Canada en octobre 1997—Se considérant victime de harcèlement visant à le pousser à quitter les Forces armées et le priver des soins médicaux auxquels il avait droit, le demandeur obtient sa libération le 23 janvier 1998—Le demandeur prétend que la défenderesse aurait violé, de façon contraire aux principes de justice fondamentale, son droit à la sécurité de sa personne (art. 7 de la Charte)—Avant sa libération, le demandeur déposait un grief en vertu de l'art. 29 de la *Loi sur la défense nationale*—Ce grief s'appuie essentiellement sur les mêmes faits que ceux qui donnent lieu à la présente action—Saisi du grief, le chef d'état-major de la Défense accorde certaines des réparations demandées par le demandeur mais rejette la demande de compensation monétaire « puisque aucune disposition législative ou réglementaire ne [lui] accorde cette autorité »—Il ajoute que ses prestations représentent une compensation finale et que d'après l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et l'art. 111 de la *Loi sur les pensions*, il n'est pas possible de toucher à la fois une pension et de poursuivre les Forces canadiennes suite à des blessures—Action rejetée pour cause d'abus de procédure—Pour ce qui est de la question de la chose jugée, il ne fait aucun doute que

**FORCES ARMÉES—Suite**

le chef d'état-major avait la compétence requise pour déterminer, dans le cadre d'une demande de réparation ou d'un grief, du droit d'un officier de recevoir une compensation monétaire, y compris une compensation en guise de réparation sous le régime de l'art. 24 de la Charte—Ni le grief du demandeur ni la décision du chef de l'état-major ne font mention de la Charte—Application de la décision *Dumont c. Canada*, [2004] 3 R.C.F. 338 (C.A.F.)—La décision rendue sur le grief n'a pas l'effet de la chose jugée ou de la préclusion résultant d'une question déjà tranchée à l'égard des droits et questions fondamentales de l'application de la Charte aux circonstances de la présente action—Toutefois, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique aux déterminations factuelles et mixtes de fait et de droit auxquelles est arrivé le chef d'état-major et rend improbable une détermination favorable au demandeur, mais ne justifie pas, en soi, le rejet de l'action—Sauf la caractérisation des actes reprochés à la Couronne à titre de violation du droit garanti par l'art. 7 de la Charte et la référence à l'art. 24 de la Charte à titre de base juridique permettant la dérogation à l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, le droit fondamental qui donne lieu au présent litige est exactement le même que celui qui a été soumis et déterminé par le chef d'état-major—Le préjudice à réparer, la nature de la réparation demandée, ainsi que les faits et circonstances ayant causé le préjudice, sont rigoureusement les mêmes—À moins de circonstances exceptionnelles le justifiant, permettre au demandeur de procéder devant cette Cour sur une cause d'action qui aurait dû être présentée dans le cadre du grief antérieur équivaldrait à permettre à cette partie de « plaider par feuillet », ou de scinder ses recours; cela constitue l'essence même d'un abus de procédure—L'arrêt *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146, qui portait sur les relations du travail, s'applique en l'espèce—Le caractère exhaustif de la réglementation de la vie militaire va de pair avec le caractère exhaustif du mode de règlement des différends—C'est l'efficacité même de ce mode global de règlement des différends prévu par la *Loi sur la défense nationale* qui est attaquée si les tribunaux ne font preuve de réserve qu'en matière stricte de relations du travail—Le devoir de réserve des tribunaux envers les recours qui relèvent de la procédure de grief prévu par la *Loi sur la défense nationale* s'applique donc avec autant de force—En l'espèce, permettre à l'action de se poursuivre porterait atteinte au principe de la finalité des jugements et éroderait l'intégrité et l'efficacité du mécanisme exhaustif et complet de règlement des différends prévu par la *Loi sur la défense nationale*—En outre, vu les conclusions de fait auxquelles en est venu le chef d'état-major, une grande partie des allégations de la déclaration ne peuvent être maintenues, laissant planer de sérieux doutes quant aux chances de succès de l'action—Dans les circonstances, le préjudice que causerait le maintien de l'action à l'administration de la justice n'est aucunement justifié—*Loi sur la gestion*

**FORCES ARMÉES—Fin**

*des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11—*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, 24—*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 43; L.C. 1998, ch. 35, art. 7)—*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 9 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 39(F))—*Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 111 (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 42)—*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.

BERNATH C. CANADA (T-1683-02, 2005 CF 1232, protonotaire Tabib, ordonnance en date du 9-9-05, 32 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Dividendes*

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) ([2004] 2 C.T.C. 2995) qui a statué que l'art. 152(4.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'autorisait pas le M.R.N. à réduire le compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (IMRTD) de l'intimée et le remboursement correspondant versé à celle-ci pour l'année d'imposition 1991—Dans une nouvelle cotisation établie en 1990, on a considéré l'aliénation par l'intimée d'un bien d'entreprise survenue en 1987 comme une opération donnant lieu à un gain en capital imposable—En conséquence, une partie de la portion non imposable du gain en capital a été ajoutée à l'IMRTD de l'intimée à la fin de l'année d'imposition 1987—Au cours de l'année d'imposition 1991, et avant le règlement final de son opposition et de son appel à l'égard de la nouvelle cotisation de 1987, l'intimée a versé un dividende imposable pour lequel le ministre a subséquemment effectué le remboursement au titre de dividendes demandé de 65 000 \$—Le M.R.N. a procédé au remboursement en imputant une partie du montant à l'impôt de la partie I de l'intimée pour son année d'imposition 1991 et en lui remettant un chèque correspondant au solde (43 992 \$)—Selon un jugement sur consentement daté de février 1996, le gain en capital que l'intimée avait réalisé au cours de son année d'imposition 1987 par suite de l'aliénation d'un ancien bien d'entreprise était égal à zéro, parce qu'elle avait acquis un bien de remplacement pour son entreprise—Conformément au jugement sur consentement, le M.R.N. a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 1987 de l'intimée en retranchant du revenu de celle-ci la partie imposable du gain en capital—Dans une nouvelle cotisation datée de février 1997, le M.R.N. a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 1991 de l'intimée en ramenant à

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

8 420,68 \$ le remboursement au titre de dividendes précédemment fixé à 65 000 \$—En juin 2000, le M.R.N. a rejeté l'avis d'opposition de l'intimée relativement à la nouvelle cotisation de 1991 au motif qu'elle avait été établie conformément à l'art. 152(4.3) de la LIR—La C.C.I. a accueilli l'appel de l'intimée, en statuant qu'un remboursement au titre de dividendes n'est ni un « impôt » ni « un montant réputé avoir été payé, ou payé en trop » et en soulignant que, si le Parlement avait voulu que le M.R.N. ait le pouvoir de réduire le montant d'un remboursement, il aurait rédigé l'art. 152(4.3) de la LIR dans un langage clair en ce sens—Appel de la décision de la C.C.I. rejeté—La seule question à trancher en l'espèce est de savoir si le pouvoir du M.R.N. de déterminer, conformément aux art. 152(1) et 160.1(1) de la LIR, un remboursement au titre de dividendes à l'intérieur des périodes normales de nouvelle cotisation prévues à l'art. 152(4) de la LIR peut être exercé en dehors de la période normale de nouvelle cotisation par l'établissement d'une cotisation corrélative en application de l'art. 152(4.3) de la LIR—Le pouvoir du M.R.N. dans le cadre de cette disposition se limite à établir une nouvelle cotisation à l'égard « de l'impôt, des intérêts ou des pénalités payables » ou à déterminer de nouveau « un montant réputé avoir été payé, ou payé en trop »—Le M.R.N., se fondant exclusivement sur ces derniers mots, a demandé à la Cour de conclure que la nouvelle détermination du remboursement qu'il a faite donne lieu à un « montant réputé avoir été payé » et que C.C.I. avait commis une erreur en concluant différemment—Il n'y a pas de fondement à l'argument selon lequel, dans la mesure où le montant du remboursement a été déduit des impôts que le contribuable devait par ailleurs payer conformément à l'art. 129(2) de la LIR, ce remboursement est « réputé avoir été payé » au titre de ces impôts—L'art. 129(2) de la LIR permet plutôt d'imputer les sommes que le contribuable doit au M.R.N. aux remboursements au titre de dividendes qui doivent être effectués, ce qui constitue en réalité une compensation—Une compensation entraîne un paiement réel—L'application de l'art. 129(2) de la LIR ne donne pas lieu à une présomption de paiement—Le montant détenu dans le compte IMRTD du contribuable n'est pas un crédit d'impôt et n'est pas utilisé de la même façon qu'un crédit d'impôt—Le montant du compte IMRTD d'une société est déterminé séparément de son impôt au titre de la partie I de la LIR et n'a aucune incidence sur le calcul de celui-ci—Il s'agit simplement d'un compte fictif qui permet de déterminer le montant maximal du remboursement au titre de dividendes qu'une société peut recevoir en versant des dividendes imposables—En revanche, les crédits d'impôt sont appliqués directement au calcul de l'impôt d'un contribuable au titre de la partie I de la LIR et ont pour effet d'abaisser l'impôt fédéral par ailleurs exigible—La LIR ne renferme aucune disposition ayant pour effet de présumer qu'un remboursement au titre de dividendes effectué par le M.R.N. au profit d'un contribuable

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

constitue un montant payé ou un montant payé en trop par le contribuable en vertu de la partie I de la LIR—En l'absence d'une telle présomption, le remboursement au titre de dividendes effectué par le M.R.N. en application de l'art. 129(1) de la LIR ne peut être considéré comme un « montant réputé avoir été payé, ou payé en trop » par un contribuable en vertu de la partie I de la LIR—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 129(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 73; 1996, ch. 21, art. 32; 1998, ch. 19, art. 154), (2), 152(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 19, art. 44), (4) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 181), (4.3) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 90; ch. 21, art. 76), 160.1(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VII, art. 16).

CANADA C. BULK TRANSFER SYSTEMS INC. (A-190-04, 2005 CAF 94, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 10-3-05, 15 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Contrôle judiciaire de la décision prise par l'Agence du revenu du Canada (l'Agence) en conformité avec l'art. 152(4.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) que la somme forfaitaire de 80 000 \$ versée pour invalidité avait été validement incluse dans le revenu de 1991 du contribuable décédé—L'Agence a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de procéder à une nouvelle cotisation en dehors de la période normale de nouvelle cotisation en se fondant sur le circulaire d'information IC75-7R3 qui mentionne qu'une nouvelle cotisation n'aura pas lieu si la demande est fondée uniquement sur l'appel couronné de succès d'un autre contribuable devant les tribunaux; en se fondant également sur l'avis que la somme forfaitaire négociée dans le cadre d'un régime d'assurance invalidité devrait figurer dans le revenu selon l'art. 6(1)a) (qui impose la valeur des avantages quelconques reçus au titre d'un emploi) lorsque l'art. 6(1)f) (qui impose les prestations d'assurance-emploi reçues périodiquement pour la perte du revenu afférent à un emploi) n'est pas applicable—L'agence est également d'avis qu'une portion de la somme forfaitaire tenait lieu de paiements périodiques et devrait être incluse dans le revenu en vertu de l'art. 6(1)f)—En 1991, le contribuable aujourd'hui décédé a reçu une somme forfaitaire de 80 000 \$ de la Confederation Life, à la suite d'un accord de transaction portant sur les prestations exigibles en vertu d'un régime privé d'assurance invalidité—En février 2002, il sollicitait pour la première fois l'application des dispositions touchant l'équité de manière à requalifier le paiement de 80 000 \$ comme un paiement ne constituant pas un « revenu » imposable selon l'art. 6(1)a) ou selon l'art. 6(1)f)—La position de la demanderesse est fondée sur l'affirmation selon laquelle la somme reçue était une somme forfaitaire versée au titre de l'invalidité du contribuable décédé et non le total des paiements périodiques

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

qui auraient été reçus de la compagnie d'assurances Confederation Life par le contribuable décédé jusqu'à l'âge de 65 ans. La somme forfaitaire n'était donc pas imposable—Demande accueillie—La norme de contrôle à appliquer en l'espèce est celle de la décision manifestement déraisonnable; toutefois, l'interprétation de l'art. 6(1)a) est une question de droit et appelle par conséquent la norme de la décision correcte—L'agence a commis une erreur en appliquant la portion de la circulaire d'information IC75-7R3 qui mentionne qu'une nouvelle cotisation n'aura pas lieu si la demande est fondée uniquement sur l'appel couronné de succès d'un autre contribuable devant les tribunaux puisque la demanderesse s'appuyait sur le jugement *Peel c. Ministre du Revenu national* (1987), 87 DTC 268 (C.C.I.), un jugement qui considèrerait comme non imposable les sommes forfaitaires versées au titre d'une assurance invalidité—Les décisions ultérieures citées par la demanderesse renforçaient simplement le jugement initial—L'Agence a commis une erreur en appliquant la portion de la circulaire d'information IC75-7R3 sans préciser que la jurisprudence existante a été prise en compte dans le processus décisionnel—Dans l'arrêt *Tsiaprailis c. Canada* (2001), 2002 DTC 1563 (C.C.I.), invoqué par la défenderesse, on ne traite pas du droit de recevoir des prestations dans l'avenir mais on juge imposable la portion de la somme forfaitaire représentant le droit du contribuable à des prestations antérieures (c'est-à-dire aux arriérés), au même titre qu'étaient imposables les sommes payables périodiquement dans le passé—Selon les documents, il est impossible de conclure qu'une portion du compromis ou de la somme forfaitaire correspondait à des paiements périodiques et devrait par conséquent être incluse dans le revenu selon l'art. 6(1)f) de la Loi—Dans le jugement *Landry c. Canada*, [1998] 2 C.T.C. 2712 (C.C.I.), lequel est invoqué, on a conclu que l'art. 6(1)a) ne s'appliquait pas—Dans *Landry*, le juge Bowman, de la Cour canadienne de l'impôt, a déclaré que l'art. 6(1)a) est une disposition générale et n'est pas destinée à combler tous les vides laissés par l'art. 6(1)f) : *expressio unius est exclusio alterius*—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 1, art. 6(1)a) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 3; ch. 21, art. 2), f), 152(4.2) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 125; 2000, ch. 19, art. 44).

CHISHOLM C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-1086-04, 2005 CF 303, juge O'Keefe, ordonnance en date du 25-2-05, 16 p.)

**NON-RÉSIDENTS**

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) ([2004] 5 C.T.C. 2133) ayant rejeté l'appel relatif à une cotisation établie en vertu de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (art. 212(1)d)—La cotisation a été

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

établie relativement à un paiement de 40 millions \$US versé en contrepartie de la rupture anticipée d'un contrat aux termes duquel un loyer aurait été payable pour l'usage au Canada d'une plate-forme de forage en mer—Transocean est une entreprise non résidente affiliée à deux entreprises américaines : Transocean Offshore Inc. (Transocean maison-mère) et Transocean Offshore Ventures Inc. (Transocean n° 2) —Transocean est propriétaire du *Transocean Explorer*, une plate-forme semi-submersible de forage en mer—En 1997, Petro-Canada (pour son compte et celui de ses associés) a conclu une entente (contrat d'affrètement coque nue), faisait obligation à Transocean maison-mère de fournir l'*Explorer* pendant deux ans pour réaliser le projet Terra Nova (Transocean devant mettre l'*Explorer* à disposition pour la durée nécessaire)—Une deuxième entente prévoyait que Transocean n° 2 exploiterait et entretiendrait l'*Explorer* durant ces deux années—Le total estimatif du loyer pour la durée de location s'élevait à 43,8 millions \$US—Le contrat d'affrètement coque nue stipulait que les associés devaient payer certaines améliorations apportées à l'*Explorer* (à un coût estimatif initial de 52 millions \$US, puis de 75 millions \$US) ainsi que des frais de transport de 11 millions \$US pour transporter l'*Explorer* de la Mer du Nord au chantier naval au Canada où les améliorations devaient être effectuées—Ayant décidé de répudier le contrat d'affrètement en raison de l'escalade des coûts, les associés ont conclu une entente les libérant de leurs obligations en vertu du contrat d'affrètement contre le versement de 40 millions \$US à Transocean à titre d'indemnité complète et finale pour la résiliation volontaire du contrat, ainsi qu'environ 1,9 million \$US à Transocean n° 2 au titre des dépenses de l'équipe chargée des améliorations—L'*Explorer* est resté inactif de décembre 1998 à avril 2004—Les associés ont versé 40 millions \$US à Transocean, retenant 25 % de cette somme pour la verser aux autorités fiscales canadiennes au titre de l'obligation fiscale qui pourrait être la leur en vertu de la Partie XIII à l'égard de ce paiement—Par avis de cotisation datée de juillet 2000, la demande de remboursement de Transocean a été rejetée au motif que le paiement était considéré comme tenant lieu de loyer conformément à l'art. 212(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR)—La C.C.I. a rejeté l'appel formé contre la cotisation au motif que l'indemnité pécuniaire en cause a été payée au titre ou en paiement partiel ou intégral du loyer ou d'un paiement semblable en vue d'utiliser, ou d'obtenir le droit d'utiliser, au Canada, un bien—Appel rejeté—La seule controverse factuelle en l'espèce était la suivante : à quel titre les 40 millions \$US ont-ils été versés?—Vu la preuve soumise, la C.C.I. pouvait conclure que le paiement avait pour unique objet de compenser la perte du loyer qui aurait été versé aux termes du contrat d'affrètement si celui-ci n'avait pas été résilié—La question juridique soulevée était de savoir si l'art. 212(1)d) de la LIR est suffisamment large pour couvrir la situation en l'espèce—Un montant versé à la place d'un

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

paiement à caractère juridique ou en remplacement de ce paiement n'a pas le même caractère juridique. En choisissant l'expression « *in lieu of* » à l'art. 212(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le législateur avait sans doute l'intention d'élargir la portée de cet alinéa pour englober les paiements autres que les paiements ayant le caractère juridique d'un loyer—La version française de l'art. 212(1)d) a un sens au moins aussi large que la version anglaise—Distinction faite d'avec *Harold F. Puder v. Minister of National Revenue* (1963), 63 DTC 1282 (C. de l'É.)—Les principes d'interprétation ont changé depuis cette époque (où l'on prônait l'interprétation stricte des dispositions législatives en matière fiscale)—Aujourd'hui, l'interprétation d'une loi suppose qu'on s'interroge sur l'intention du législateur en lisant les termes de la disposition dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi : *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757—Cela suppose, à tout le moins, qu'on privilégie une interprétation qui donne sens à l'expression « *in lieu of* », de préférence à une interprétation qui la rend redondante—Distinction également faite d'avec *The Queen v. Atkins* (1976), 68 D.L.R. (3d) 187 (C.A.F.), confirmant (1975), 59 D.L.R. (3d) 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> Suppl.), ch. 1, art. 212(1)d).

TRANSOCEAN OFFSHORE LTD. C. CANADA (A-385-04, 2005 CAF 104, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21-3-05, 26 p.)

**PRATIQUE**

Prescription—Appel de la décision (2004 CF 809) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire portant que l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) ne peut, en raison de l'expiration des délais de prescription prévus à l'art. 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (la Loi) et à l'art. 45 de l'ancienne *Loi sur la prescription des actions*, prendre contre le demandeur (intimé en l'espèce) des mesures de recouvrement de dettes fiscales provinciales et fédérales qui seraient exigibles pour les années d'imposition 1990 et 1991—Le juge de la Cour fédérale a conclu que la demande présentée par l'intimé, avant l'expiration des délais de prescription, afin d'obtenir que les pertes subies dans les années fiscales subséquentes soient reportées rétrospectivement et appliquées aux années d'imposition 1990 et 1991, n'équivalait pas à une reconnaissance de sa dette fiscale prorogeant le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 32 de la Loi—En ce qui concerne le recouvrement par l'ADRC de la partie de la dette fiscale due au gouvernement de l'Ontario, le juge a conclu que cette mesure de recouvrement excéderait le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 45(1)h) de l'ancienne *Loi sur la prescription des actions* de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

l'Ontario—Appel accueilli—Le délai de prescription de 10 ans récemment établi à l'art. 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) s'applique à l'impôt fédéral (la Couronne n'avait pas soulevée cet argument devant la Cour fédérale)—L'art. 222 de la LIR est suffisamment clair pour réfuter toute présomption à l'encontre de la rétroactivité : *C.I. Mutual Funds Inc. c. Canada*, [1999] 2 C.F. 613 (C.A.)—L'audience devant la Cour fédérale a eu lieu en avril 2004; le projet de loi C-30, qui a introduit la modification susmentionnée, a reçu la sanction royale en mai 2004; la décision contestée a été rendue le 4 juin 2004—L'art. 222(10) de la LIR prévoit que la modification s'applique à n'importe quel jugement rendu après le 3 mars 2004 qui porte qu'un contribuable n'a pas à payer une dette fiscale parce qu'un délai de prescription a pris fin avant que la sanction royale soit donnée—L'art. 222(10) de la LIR précise que la dette fiscale en question est réputée être devenue exigible le 4 mars 2004—Le jugement contesté ayant été rendu le 4 juin 2004, la dette fiscale dont il est question en l'espèce est réputée être devenue exigible le 4 mars 2004, le délai de prescription expirant le 3 mars 2014—Comme il n'est applicable qu'aux actions pénales, l'art. 45(1)h) de la *Loi sur la prescription des actions* ne s'applique pas en l'espèce—L'art. 3 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* (Ontario) prévoit expressément qu'aucun délai de prescription n'est prévu pour les amendes, impôts et pénalités—Comme la Couronne aurait dû porter l'art. 222 de la LIR à l'attention de la Cour fédérale, l'appelante est condamnée à payer les dépens de l'appel à l'intimé—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 222 (mod. par L.C. 2004, ch. 22, art. 50)—*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-52, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 32 (mod., *idem*, art. 31)—*Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L. 15, art. 45(1)h)—*Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, ch. 24, art. 3.

GIBSON C. CANADA (A-442-04, 2005 CAF 180, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 13-5-05, 12 p.)

**SOCIÉTÉS**

Appel formé contre quatre décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) 2004 TCC 375 ayant rejeté l'appel de Town Properties Ltd. pour le motif que celle-ci n'avait pas droit à la déduction accordée aux petites entreprises en application de l'art. 125(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR), ainsi que l'appel des appelants en tant que personnes physiques, pour le motif qu'ils n'avaient pas droit à la déduction pour gains en capital majorée, prévue à l'art. 110(6) de la LIR—Le litige portait sur la question de savoir si les activités de Town Properties relèvent de la définition d'« entreprise de placement déterminée » aux art. 125(7) et

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

248(1) de la LIR—Si Town Properties n'avait pas au moins cinq employés à plein temps, elle est alors une « entreprise de placement déterminée » et non une « entreprise activement exploitée » ni une « petite entreprise » et ses actions ne sont pas des « actions admissibles de petites entreprises » et ses actionnaires n'avaient pas droit à la déduction pour gains en capital prévue à l'art. 110.6(2.1) de la LIR lors de l'aliénation de leurs actions—Town Properties tire son revenu locatif d'un immeuble à bureaux situé dans la ville de Victoria—Elle employait au moins six personnes pour assurer les services de nettoyage pour les locataires—Ces personnes travaillaient quatre heures par jour, cinq jours par semaine, pour un total de 20 heures—La C.C.I. a conclu que 20 heures de travail par semaine ne valaient emploi à plein temps au regard de l'art. 125(7) de la LIR—Appel rejeté—Application de la définition d'« entreprise de placement déterminée » formulée dans *R. c. Hughes & Co. Holdings Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 935 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), laquelle a été suivie dans *Woessner c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 397 (C.C.I.) (QL)—La condition du minimum de cinq employés à plein temps doit être analysée à la lumière de l'objet et du but de la définition d'« entreprise de placement déterminée » : *Lerric Investments Corp. c. Canada* (1999), 99 DTC 755, conf. par [2001] 2 C.F. 608 (C.A.)—L'esprit de la LIR vise à poser pour condition un certain niveau minimum d'exploitation pour l'admissibilité à la déduction accordée aux petites entreprises—Définir « emploi à plein temps » en fonction du nombre normal d'heures travaillées dans le secteur d'activité et au lieu où s'accomplit ce travail, tel que le propose la décision *Ben Raedarc Holdings Ltd. c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 1199 (C.C.I.) (QL), va à l'encontre de l'esprit de la LIR—Le concept d'emploi « à plein temps » dans la définition d'« entreprise de placement déterminée » s'emploie par opposition à emploi « à temps partiel » : *R. c. Hughes & Co.*—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » (mod. par L.C. 2000, ch. 12, ann. 2, art. 1), (2.1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 86), 125(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 145; 2001, ch. 17, art. 113), (7) « entreprise de placement déterminée » (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 145), 248(1).

BAKER C. CANADA (A-339-04, 2005 CAF 185, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 19-5-05, 7 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appels à l'encontre de la décision rendue par la Commission des oppositions des marques de commerce (C.O.M.C.) rejetant les deux demandes de marques de commerce déposées relativement à la surpiqure apparaissant sur des jeans (dessin symétrique d'arc double surpiqués sur la

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

poche de vêtements) (marques de Vivat)—Levi Strauss & Co. s'est opposée aux demandes pour le motif que les marques créaient de la confusion avec la marque de commerce dessin d'arc double (*double arcuate*) apparaissant sur les poches arrière des jeans Levi (la marque de Levi) et en raison de l'absence de caractère distinctif compte tenu de la marque de commerce dessin d'arc double de Levi—Il s'agit de déterminer si les marques de Vivat créent de la confusion avec la marque de Levi—Application des art. 6, 12(1*d*), 16(3*a*), *b*) de la *Loi sur les marques de commerce*—La C.O.M.C. a estimé que la prépondérance des probabilités était également répartie entre une conclusion voulant qu'il n'y ait pas de risque raisonnable de confusion et une conclusion voulant qu'il y ait un risque raisonnable de confusion—Le fardeau de la preuve incombant à la demanderesse, les demandes d'enregistrement visant les marques de Vivat ont été rejetées—Appels rejetés—La norme de contrôle applicable à un appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi est celle de la décision raisonnable : *Molson Breweries c. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.); *Christian Dior, S.A. c. Dion Neckware Ltd.*, [2002] 3 C.F. 405 (C.A.)—Il était raisonnable de la part de la C.O.M.C. de conclure, en se fondant sur la preuve dont elle disposait, que la marque de Levi et les marques de Vivat ont un élément commun : un arc double avec une double couture—L'argument de la demanderesse suivant lequel tous les jeans sur le marché arborant une surpiqûre décorative devraient être pris en considération a une portée trop large pour établir une comparaison valable—La C.O.M.C. a tenu compte à juste titre de l'étendue de l'emploi des marques des tiers comportant l'élément commun—La C.O.M.C. a souligné à juste titre qu'il y a des différences visuelles (un facteur qui favorise la demanderesse), mais que le trait dominant des deux dessins est le double arc-double couture (un facteur qui pèse lourdement en faveur de la défenderesse)—Si l'on se fie à la preuve dont disposait la C.O.M.C. et à la preuve additionnelle versée en appel, il n'existe que très peu de surpiqûres appartenant à des tiers sur le marché ou inscrites au registre qui présentent un double arc-double couture—La demanderesse n'a pas démontré que les dessins des tiers comportant l'élément commun (double arc-double couture) sont « passablement répandus » sur le marché—La preuve de la simple coexistence des marques dans les registres étrangers n'est pas pertinente; la preuve d'une opposition étrangère sur la base de documents dont la preuve n'a pas été faite en droit étranger n'a aucune valeur probante—Il n'y a aucun élément de preuve qui pourrait permettre de conclure à l'absence de risque de confusion; il n'y a aucune preuve que l'utilisation simultanée des marques est significative (voir *Christian Dior, S.A. c. Dion Neckware Ltd.*), par conséquent la C.O.M.C. n'était pas tenue de tenir compte de l'absence de preuve quant à l'existence d'une véritable confusion—La « première impression » d'un consommateur ne peut aller jusqu'à inclure l'impression qui

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

subsiste une fois que le vêtement a été manipulé, minutieusement examiné et a fait l'objet d'un essai pour la grandeur et l'apparence—La demanderesse n'a pas contesté les conclusions suivantes de la C.O.M.C. : la mesure dans laquelle les marques des parties sont devenues connues est favorable à la défenderesse; la durée pendant laquelle les marques des parties ont été en usage favorise fortement la défenderesse; le genre de marchandises favorise clairement la défenderesse; les canaux de distribution seraient les mêmes ou se chevaucheraient—Si l'on interprète correctement la décision de la C.O.M.C., il ne fait aucun doute qu'elle est raisonnable et qu'elle est essentiellement correcte—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 12(1*d*), 16(3*a*), *b*), 56.

VIVAT HOLDINGS LTD. c. LEVI STRAUSS & CO.  
(T-2456-03, T-2457-03, 2005 CF 707, juge  
Layden-Stevenson, ordonnance en date du 19-5-05, 36 p.)

**PRATIQUE**

Demande d'injonction interdisant aux défenderesses d'utiliser le nom « Advantage » jusqu'au procès—Demande rejetée—Compétence de la Cour pour prononcer une injonction interlocutoire empêchant la titulaire d'une marque de commerce déposée d'utiliser sa marque—Bien que l'art. 19 de la *Loi sur les marques de commerce* exprime avec force les droits des propriétaires de marques déposées (*Molson Canada v. Oland Breweries Ltd.* (2002), 59 O.R. (3d) 607 (C.A.); confirmant (2001), 11 C.P.R. (4th) 199 (C.S.J. Ont.)), la Loi ne peut être interprétée comme empêchant la Cour d'interdire l'emploi d'une marque déposée dans le cas d'une attaque contre la validité de la marque—La personne qui demande une injonction doit satisfaire au critère tripartite établi dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 : le demandeur soulève une question sérieuse à juger; il subira un préjudice irréparable en cas de refus de l'injonction; il subira plus d'inconvénients que le défendeur—Reconnaître que les titulaires de marques de commerce sont à l'abri des injonctions parce que la Loi protège leurs droits jusqu'à ce que la marque soit déclarée invalide de manière définitive, restreindrait trop considérablement les pouvoirs de la Cour de prononcer des injonctions tout en élargissant excessivement la protection prévue par la Loi—En général, la Cour fait preuve de réserve à l'égard des droits d'un titulaire de marque dans une demande d'injonction, mais cela n'entraîne pas qu'elle n'ait pas compétence, à tout le moins pour entreprendre l'analyse—L'art. 19 de la Loi ne doit pas être interprété comme s'il prévoyait que le titulaire a droit à l'usage exclusif de sa marque « sauf si elle est déclarée invalide et jusqu'à ce qu'elle le soit », ou si largement qu'il éliminerait la possibilité qu'un titulaire fasse l'objet d'une injonction—Bien que la demanderesse ait établi que

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

l'enregistrabilité de la marque « Advantage Rent-A-Car » de la défenderesse soulève une question réelle, elle n'a pas établi la preuve d'un dommage irréparable—Les accusations formulées contre la demanderesse par des clients sont en fait destinées aux défenderesses—Ce sont principalement les défenderesses qui subissent le dommage créé par la confusion; ce sont elles qui finissent par recevoir les plaintes des voyageurs mécontents—Le dommage peut être compensé par des dommages-intérêts si la demanderesse a gain de cause au procès—La demanderesse n'a pas établi un dommage d'une nature ou d'une importance telles qu'il satisfierait au critère du dommage irréparable établi dans la jurisprudence—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60).

ADVANTAGE CAR & TRUCK RENTALS C. 1611864  
ONTARIO INC. (T-1760-04, 2005 CF 325, juge O'Reilly,  
ordonnance en date du 7-3-05, 10 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire d'une décision rendue en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (LSV) par laquelle le tribunal de révision a accueilli les appels interjetés par les défendeurs d'une décision du ministre du Développement des ressources humaines (le ministre) qui avait eu pour effet de réduire les prestations qui leur sont versées en vertu de la LSV—Il s'agit de déterminer si le tribunal de révision a commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour entendre l'appel interjeté de la décision du ministre; si le tribunal de révision a commis une erreur en concluant que les prestations des défendeurs ne devaient pas être réduites après le retour de la femme au domicile conjugal—Les deux défendeurs sont âgés de plus de 80 ans, étaient mariés depuis 64 ans et recevaient des prestations du supplément de revenu garanti (prestations du SRG)—En février 2003, la femme a dû être confiée à un établissement de soins prolongés; on a alors considéré que chacun des défendeurs était une personne sans époux et c'est pourquoi les prestations du SRG ont été légèrement augmentées—Lorsque la défenderesse a été renvoyée au domicile conjugal, les défendeurs ont été avisés qu'ils n'étaient plus « involontairement séparés », les prestations du SRG ont été ramenées à leur montant initial et un paiement excédentaire a été constaté—La demande de réexamen que le mari a présentée au ministre a été rejetée—Un appel a été interjeté devant le tribunal de révision—Le tribunal de révision a examiné uniquement l'admissibilité du couple aux prestations du SRG à titre de personnes seules plutôt qu'à titre d'époux—Étant donné que la loi ne comporte plus de définition du mot « époux » depuis 2000, le tribunal de révision a considéré qu'il fallait clarifier la nature de la relation—Le tribunal de révision a fait remarquer que le mariage suppose une participation à la vie de l'autre, le soutien réciproque et le partage, la création d'une unité par

**PENSIONS—Fin**

deux individus—Le tribunal de révision a estimé que la défenderesse ne participait plus au mariage à titre d'épouse en raison de son état de santé; par conséquent, les défendeurs demeuraient involontairement séparés et devaient être considérés comme des personnes seules aux fins du calcul des prestations du SRG—Demande accueillie—La question tranchée par le ministre en vertu des art. 15(3) et (3.1) de la LSV concerne le montant des prestations à verser aux défendeurs—Par conséquent, il relève du mandat du tribunal de révision d'entendre un appel de cette décision en vertu de l'art. 27.1(1) de la LSV—Toutefois, le tribunal de révision a commis une erreur en concluant que les prestations des défendeurs ne devaient pas être réduites après le retour de la défenderesse au domicile conjugal—Quelle que soit la norme de contrôle applicable, la décision ne peut pas être maintenue—Le texte de l'art. 15(3)d) de la LSV est clair : une personne peut être considérée comme une personne sans époux si la situation découle « de circonstances indépendantes de sa volonté et de celle de son époux »; si la personne « n'habitait pas [...] avec celui-ci dans un logement entretenu par l'un ou l'autre »—Lorsque la défenderesse est retournée au domicile conjugal, le couple n'était plus admissible aux prestations supplémentaires du SRG et le ministre a eu raison d'annuler son ordre—Il n'y avait aucune intention, lors de la suppression de la définition du terme « époux » dans la loi, d'élargir la signification courante du terme « époux » de manière à y inclure des liens émotifs ou d'autres mesures de la solidité ou de la nature de la relation; on voulait simplement éviter une définition qui ne correspond plus au sens contemporain du terme « époux »—La définition élargie attribuée au terme « époux » par le tribunal de révision va au-delà du libellé de la loi et de toute interprétation raisonnable—Le législateur a choisi de recourir à des critères objectifs à l'art. 15(3)b) de la LSV; si une personne est un époux et habite dans le domicile conjugal, elle ne satisfait pas aux exigences régissant le versement de prestations du SRG majorées—Malheureusement pour le couple, les conditions de l'art. 15(3)b) de la LSV ne sont pas remplies—*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 15(3)b) (mod. par L.C. 1998, ch. 21, art. 111; 2000, ch. 12, art. 207), (3.1) (édicte par L.C. 1998, ch. 21, art. 111), 27.1(1) (édicte par L.C. 1995, ch. 33, art. 16; 1997, ch. 40, art. 100).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES  
RESSOURCES HUMAINES) C. LEAVITT (T-1511-04,  
T-1512-04, 2005 CF 664, juge Snider, ordonnance en  
date du 12-5-05, 21 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****INSCRIPTION**

Demande visant à obtenir une ordonnance déclaratoire confirmant que le demandeur est membre de la Nation crie de

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

Norway House (NCNH) depuis 1988; un *certiorari* annulant la décision du défendeur de mettre fin à l'appartenance du demandeur à la NCNH; subsidiairement, un *mandamus* obligeant le conseil de la NCNH à rendre une décision sur la demande d'appartenance déposée en 1998—Demande rejetée—En 1987, le demandeur a été inscrit au registre des Indiens conformément à la *Loi sur les Indiens*—La lettre du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien confirmant l'inscription précisait au demandeur que la NCNH assumait désormais, en vertu de l'art. 10 de la Loi, le contrôle de l'appartenance à ses effectifs et, par conséquent, sa demande d'appartenance à la bande devait être envoyée au gestionnaire de la bande; pour obtenir un certificat de statut d'Indien, le demandeur devait remplir la demande et la transmettre au gestionnaire de la bande—Le demandeur a soumis la demande requise pour obtenir le certificat, mais la NCNH n'a jamais mis en œuvre le processus prévu dans le Membership Code and Rules of Norway House Indian Band (le Code d'appartenance) adopté par la NCNH en juin 1987 et approuvé par le ministre responsable comme l'exige l'art. 10(7) de la Loi—Le demandeur soutient que son appartenance a été établie du fait de l'acquiescement de la NCNH qui l'a traité à certains égards comme un membre de la bande—Peu importe la manière dont une personne est traitée par la bande, elle ne devient membre qu'à partir du moment où les règles d'appartenance sont appliquées et respectées—Il n'y a aucune preuve en l'espèce que le demandeur a été ajouté à la liste de bande conformément aux règles d'appartenance de la NCNH—Même si le demandeur a pu exercer certains droits habituellement réservés aux membres de la NCNH, ces avantages lui ont été conférés sans justification ou à la suite d'une erreur commise par la bande—Des erreurs ne peuvent servir à justifier le statut de membre sans que la procédure pertinente établie dans le Code d'appartenance n'ait été respectée—Par conséquent, le demandeur n'était pas membre de la NCNH en 1988 ni à aucun autre moment par la suite—La demande d'appartenance présentée en 1998 par le demandeur a été examinée en bonne et due forme par le comité d'appartenance qui a fait une recommandation au chef et au conseil—Le chef et le conseil ont décidé de ne pas donner suite à la recommandation « dans l'attente de renseignements additionnels sur des accusations déposées contre le demandeur »—Le demandeur en a été formellement informé par une lettre, envoyée 19 mois après la réunion, qui lui demandait un compte rendu par écrit—Le demandeur n'a pas répondu à la demande de renseignements—Le chef et le conseil avaient le pouvoir de demander des renseignements additionnels—L'une des conditions auxquelles la mesure extraordinaire qu'est le *mandamus* peut être accordée est que la personne qui la demande doit avoir rempli toutes les conditions préalables ayant donné naissance à l'obligation en cause—Le demandeur a refusé en l'espèce de fournir le compte rendu écrit qui lui avait été demandé—Tant qu'il n'a

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

pas satisfait à cette demande, il n'a pas le droit incontestable d'obliger le défendeur à approuver ou à rejeter sa demande—Une fois les renseignements demandés fournis au défendeur et si celui-ci continue de bloquer la demande, un *mandamus* pourra être approprié—Pour l'instant, la demande de *mandamus* est prématurée—*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 10 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4).

SANDBERG C. CONSEIL DE BANDE DE LA NATION CRIE DE NORWAY HOUSE (T-1365-01, 2005 CF 656, juge Snider, ordonnance en date du 10-5-05, 12 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Appel d'une ordonnance rejetant la requête en rejet d'action pour défaut de compétence—La demanderesse, nommée en 1989 à un poste au sein du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), a été congédiée en 1999 par le directeur du SCRS parce que le maintien de son habilitation de sécurité nécessaire à l'exercice de ses fonctions lui avait été refusé par le directeur—Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a tenu une enquête sur la plainte déposée par la demanderesse, et a fait un rapport assorti de recommandations au directeur du SCRS—Celui-ci a maintenu sa décision—En novembre 2001, la demanderesse a intenté, en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, une action en responsabilité civile extracontractuelle basée essentiellement sur le caractère illégal de son congédiement—Après avoir déposé une requête pour jugement sommaire afin de faire rejeter l'action de la demanderesse et après qu'un juge de la Cour fédérale eut référé l'affaire au juge du fond, la défenderesse, invoquant les affaires *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.F.) et *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146, déposait une requête en irrecevabilité, fondée sur l'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, pour défaut de compétence de cette Cour d'entendre l'action—Le présent appel attaque la décision du protonotaire rejetant cette requête—Appel accueilli—Le protonotaire a commis une erreur de droit en refusant de donner effet aux principes édictés dans l'arrêt *Tremblay* qui énonçait clairement qu'un droit d'action n'existe à l'encontre des décisions des offices fédéraux que dans la mesure où ces décisions ont d'abord été déclarées illégales en contrôle judiciaire, conformément aux art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Le nœud du litige en l'espèce repose sur la légalité ou l'illégalité des décisions prises par le Comité de surveillance de recommander au directeur du SCRS de ne pas lui octroyer son habilitation de sécurité et du directeur du SCRS de confirmer son congédiement—Ainsi, la demande-

**PRATIQUE—Suite**

resse ne peut procéder par voie d'action puisque la nullité de la décision est au cœur de sa demande et que les conclusions recherchées sont fonction de la nullité alléguée— De plus, permettre à cette affaire de procéder par action irait à l'encontre des principes édictés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vaughan*, où elle a décidé qu'un fonctionnaire fédéral doit utiliser les mécanismes prévus aux art. 91 et suivants de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* contre son employeur et qu'il ne peut exercer contre celui-ci aucun droit d'action puisque seul le contrôle judiciaire de la décision rendue lui est ouvert—La C.S.C. y a à maintes reprises souligné que bien que les tribunaux conservent une certaine compétence résiduelle, ils « ne devraient pas mettre en péril le mécanisme exhaustif de règlement des différends que contient la loi en permettant l'accès systématique aux tribunaux »—Lorsque le régime prévu par la loi est complet (comme l'est le mécanisme de plainte en l'espèce) et qu'il fournit une solution au problème soulevé, on ne devrait pas normalement ou facilement, passer outre à ce régime en intentant une action indépendante—La Cour n'a donc pas compétence pour entendre l'action de la demanderesse; la déclaration de la demanderesse est radiée—*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27)—*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91.

TREMBLAY C. CANADA (T-2079-01, 2005 CF 728, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 20-5-05, 12 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Demandeurs étrangers—Les défendeurs ont présenté des requêtes fondées sur la règle 416 des *Règles des Cours fédérales* en vue d'obtenir une ordonnance de cautionnement pour dépens à l'encontre des demandeurs, différentes villes du Dakota du Nord—Les demandeurs réclamaient dans l'instance principale que les défendeurs soient tenus responsables des dommages causés par les inondations attribuables à la construction, à l'entretien et à l'exploitation d'une digue située au Canada à proximité de la frontière internationale, et qu'il leur soit enjoint de détruire la digue et de remettre le bien-fonds sur lequel elle a été construite au niveau de la prairie—La question à trancher était de savoir si le pouvoir discrétionnaire de la Cour conféré par la règle 416 devrait être exercé en faveur des défendeurs—Les demandeurs résident habituellement hors du Canada et n'y détiennent aucun actif—Le gouvernement du Manitoba et les municipalités

**PRATIQUE—Suite**

défenderesses risquent d'avoir à payer des frais et des débours substantiels pour assurer leur défense; dans le mémoire de frais préliminaire qu'il a soumis, le gouvernement du Manitoba prévoit que ses frais juridiques atteindront 176 335,20 \$ et que ses débours se chiffreront à 80 000 \$; les municipalités défenderesses réclament des montants semblables—Le droit au cautionnement pour dépens, prévu à la règle 416(1), n'est pas automatique; la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande de cautionnement pour dépens dans les cas où il n'y a pas de danger réel pour le défendeur en ce qui concerne le recouvrement des dépens—Requête rejetée—Les demandeurs se voient accorder un statut particulier puisque leur action est intentée sous le régime de la *Loi du traité des eaux limitrophes internationales*—Le traité a pour but de fournir à une personne résidant à l'étranger les mêmes droits en matière d'eaux limitrophes internationales que ceux accordés aux personnes résidant au Canada—L'art. 4(1) de la Loi reconnaît aux demandeurs les mêmes droits et les mêmes recours comme si les biens et les ouvrages endommagés par les actes des défendeurs étaient situés au Canada—Les demandeurs doivent donc se voir accorder un traitement égal en ce qui a trait à l'accès aux tribunaux sur le territoire de l'autre partie, à tous les paliers de compétence, tant dans la poursuite que la défense de leurs droits—La règle 416 ne devrait donc pas être appliqué au désavantage des demandeurs ou être interprété de façon à leur causer préjudice—L'existence d'une loi d'exécution réciproque est un facteur important qui favorise les demandeurs : *Greensteel Industries Ltd. v. Binks Manufacturing Co. of Canada Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 45 (C.A.)—La preuve a établi que les demandeurs détiennent des actifs suffisants pour payer les dépens des défendeurs et qu'ils peuvent réunir les fonds nécessaires au moyen de prélèvements ou de taxes—Enfin, au lieu d'un cautionnement pour dépens, les demandeurs ont offert de s'engager à payer le montant de l'ordonnance des dépens adjugés aux défendeurs dans la présente action, sans qu'il soit nécessaire pour les défendeurs d'engager une procédure dans le Dakota du Nord, et de déposer un engagement formel à la satisfaction de la Cour—Cette proposition était raisonnable puisqu'elle constituait l'engagement contractuel des demandeurs de payer le montant d'un jugement qu'elle se verrait ordonner de payer, et empêchait que l'immunité gouvernementale ne soit soulevée pour faire obstacle au recouvrement—Les demandeurs ont été exemptés de l'exigence du cautionnement pour dépens, à la condition qu'ils déposent un engagement satisfaisant—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 416(1)—*Loi du traité des eaux limitrophes internationales*, L.R.C. (1985), ch. I-17, art. 4(1).

PEMBINA COUNTY WATER RESOURCE DISTRICT C. MANITOBA (T-745-04, 2005 CF 1226, notaire Lafrenière, ordonnance en date du 8-9-05, 9 p.)

## PRATIQUE—Suite

Action en violation de marque de commerce rejetée et appel de cette décision rejeté—Incidences de l'offre de règlement des défenderesses—Expiration de l'offre [TRADUCTION] « une minute après le début de l'instruction de l'action »—La règle 420(2)b des *Règles des Cours fédérales* prévoit que le défendeur a droit au double de ses dépens à compter du lendemain de la date de l'offre jusqu'à la date du jugement—Jusqu'à récemment, cette règle précisait que l'offre ne devait pas être révoquée—Certains juges interprétaient cette condition strictement et refusaient d'appliquer cette règle aux offres qui devenaient caduques à l'ouverture du procès (*Francosteel Canada Inc. c. African Cape (Le)*, [2003] 4 C.F. 284 (C.A.))—D'autres reconnaissaient que ces offres étaient visées par cette règle (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2002] A.C.F. n° 455 (1<sup>re</sup> inst.) (QL))—Cette disposition des Règles a récemment été modifiée pour bien préciser que l'offre qui demeure valable jusqu'à l'ouverture du procès peut donner droit au double des dépens—La Cour est liée par l'interprétation donnée dans l'arrêt *Francosteel*—L'offre de règlement ne donne pas droit au double des dépens, mais la Cour peut tenir compte de cette offre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire général sur les dépens que lui confère la règle 400—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400, 420(2)b (mod. par DORS/2005-340, art. 1).

TRADITION FINE FOODS LTD. C. OSHAWA GROUP LTD.  
(LE) (T-2112-99, 2006 CF 93, juge O'Reilly, ordonnance  
en date du 30-1-06, 6 p.)

## PARTIES

*Qualité pour agir*

En mai 2003, le ministre de Pêches et Océans Canada (le ministre) a annoncé une augmentation du total autorisé des captures (TAC) pour la pêche de la crevette dans le nord-est du pays pour l'année 2003—La demande de contrôle judiciaire n'a pas contesté l'augmentation globale du TAC pour la pêche de la crevette nordique ni l'augmentation du TAC pour une zone en particulier (la ZPC 1), mais bien la répartition de l'augmentation du TAC dans la ZPC 1 entre les différents pêcheurs—Le demandeur a allégué que la décision du ministre ne reflétait pas l'attention particulière qu'il convenait de porter aux principes pertinents mentionnés dans l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (l'ARTN), non plus que la recommandation du groupe indépendant sur les critères d'accès (le GICA), qui a déjà été acceptée par le ministre—Le demandeur a également allégué que le ministre avait commis une erreur de droit en ne prenant pas en considération les facteurs de contiguïté et de dépendance économique dont le ministre devait tenir compte en vertu de l'ARTN; en ne prenant pas en considération le

## PRATIQUE—Suite

rapport et la recommandation du GICA et l'acceptation de cette recommandation que le ministre avait annoncée—L'attribution des quotas de pêche dans les eaux adjacentes à l'île de Baffin a été débattue deux fois devant les tribunaux : *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1997] A.C.F. n° 984 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); conf. par [1998] 4 C.F. 405 (C.A.), et *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1999] A.C.F. no 1493 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); conf. par [2000] A.C.F. n° 1682 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée le 18-10-2001—Décision préliminaire : le procureur général du Nunavut (le PGN) n'avait pas la qualité pour intenter la demande—1) Le PGN n'était pas une personne directement touchée par la décision contestée au sens de l'art. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Ward c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 R.C.S. 569—Le pouvoir pertinent du ministre sur cette question n'est aucunement restreint par le pouvoir législatif du Nunavut—En outre, aucun autre intérêt du demandeur n'est directement touché par la décision faisant l'objet du contrôle—2) Le demandeur n'a pas établi sa qualité pour agir dans l'intérêt public—Application du critère tripartite énoncé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 : a) la Cour n'était saisie d'aucune loi dont la validité était contestée; toutefois, si la décision du ministre d'attribuer des quotas était interprétée comme équivalant à un acte législatif, il y avait une question sérieuse quant à la validité de l'attribution des quotas par le ministre; b) le PGN, qui agissait au nom du gouvernement du Nunavut, n'était qu'indirectement touché, et non pas « directement touché », par la validité de l'attribution des quotas; c) il y avait une autre « manière raisonnable et efficace » de contester devant la Cour la décision sur l'attribution des quotas par le ministre : il fallait que la *Nunavut Tunngavik Incorporated* dépose une demande de contrôle judiciaire—Le demandeur n'avait pas la qualité pour intenter la demande de contrôle judiciaire—Toutefois, il était dans l'intérêt de l'économie des ressources judiciaires de traiter des autres questions : *Instituit professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367—Le caractère théorique—La série de causes traitant de l'attribution des quotas de pêche présentées devant la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale démontrait qu'il y avait encore un « litige actuel » entre les parties à la demande de contrôle judiciaire—La question n'était pas théorique—Par conséquent, la question de fond dans la demande de contrôle judiciaire n'était pas sans portée pratique—Il était dans le meilleur intérêt du public que le fond de la demande de contrôle judiciaire soit tranché—La norme de contrôle applicable en l'espèce était celle de la « décision manifestement déraisonnable » : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Ministre des*

**PRATIQUE—Suite**

*Pêches et Océans* (C.A.F.)—Demande rejetée—Selon les faits, le ministre avait accordé une attention spéciale aux principes de la contiguïté et de la dépendance économique des collectivités de la région du Nunavut sur les ressources marines comme il était tenu de le faire aux termes de l'art. 15.3.7 de l'ARTN—La Cour a estimé que, dans son rapport, le GICA avait choisi ses mots avec beaucoup de circonspection et qu'il avait compris que son mandat était limité à la question de l'accès, et non pas à la question de l'attribution—Même si le mémoire ne faisait aucune référence spécifique à l'obligation constitutionnalisée du gouvernement du Canada à l'art. 15.3.7 de l'ARTN, l'esprit de l'ARTN avait imprégné le mémoire qui était devant le ministre et sous-tendait largement la recommandation qui lui avait été faite concernant l'attribution des quotas de pêche de la crevette nordique dans la ZPC 1—La décision du ministre n'était donc pas manifestement déraisonnable—Enfin, la décision était équitable à tous égards—Elle avait tenu compte, non seulement des principes constitutionnalisés à l'art. 15.3.7 de l'ARTN, mais également des intérêts de tous les autres participants à la pêche de la crevette nordique dans la ZPC 1—*Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la reine du chef du Canada*, 25 mai 1993, article 15.3.7—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(1) (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

TERRITOIRE DU NUNAVUT (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1070-03, 2005 CF 342, juge Gibson, ordonnance en date du 8-3-05, 41 p.)

**SIGNIFICATION**

Requête en injonction provisoire et interlocutoire interdisant aux défendeurs de décoder les signaux de programmation télévisuelle des demanderesse et de reproduire leurs programmes sur Internet—Les questions en litige étaient de savoir si, sous le régime des règles 136(1) et 147 des *Règles de la Cour fédérale* (1998), la signification de la déclaration et du dossier de requête devrait être validée, si une ordonnance autorisant la signification indirecte ou portant dispense de signification devrait être rendue, et si une ordonnance provisoire et interlocutoire devrait être rendue—1) Après avoir déployé des efforts assidus et suffisants pour signifier les pièces de la requête à personne aux défendeurs, les demanderesse ont envoyé des copies de la déclaration et du dossier de requête à leurs adresses électroniques confirmées—La signification indirecte (ou substitutive) constitue une exception à la règle générale de la signification à personne; il faut établir qu'on a pris des mesures raisonnables pour signifier à personne; et la signification indirecte doit être acceptable et raisonnable, étant donné que la raison d'être de l'ordonnance qui l'autorise est d'appeler l'attention du

**PRATIQUE—Fin**

défendeur sur l'instance : la Cour a appliqué à cet égard la décision *Clipper Ship Supply Inc. c. Samatour Shipping Co.*, [1984] A.C.F. n° 949 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La signification par courrier électronique aux défendeurs a été déclarée valide sous le régime des Règles—2) Application du critère à trois volets relatif aux injonctions provisoires et interlocutoires, formulé dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada* (*Procureur général*), [1994] 1 R.C.S. 311—Les infractions possibles à la *Loi sur la radiocommunication*, à la *Loi sur le droit d'auteur* et à la *Loi sur les marques de commerce* soulèvent une question sérieuse à juger—La preuve a convaincu le juge que les demanderesse subiraient un préjudice irréparable si les défendeurs sont autorisés à poursuivre leurs activités—L'évaluation comparative des inconvénients favorisait les demanderesse—Requête en injonction provisoire accueillie—*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106, règles 136(1), 147—*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2—*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13.

TELEWIZJA POLSAT S.A. C. RADIOPOL INC. (T-1402-05, 2005 CF 1179, juge Kelen, ordonnance en date du 29-8-05, 12 p.)

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

Appel de la décision (2004 CF 1171) par laquelle la Cour fédérale a conclu que le refus de la GRC de communiquer à l'intimé des renseignements personnels qu'il tentait d'obtenir en vertu de l'art. 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne pouvait être justifié en vertu de l'art. 22(1)a) de la Loi (le refus est permis lorsque les renseignements personnels sont obtenus « au cours d'enquêtes licites »)—Appel accueilli—Les renseignements ont été obtenus par la GRC dans le but précis de donner suite aux procédures d'extradition (en vue notamment de repérer et d'arrêter l'intimé) engagées à l'égard de l'intimé par le ministère de la Justice à la demande des É.-U.—La Cour fédérale a conclu qu'il n'y avait pas eu enquête parce que les seules mesures prises par la GRC avaient consisté à verser le nom du demandeur dans la base du CIPC (base de données de la police canadienne) et à l'en retirer ainsi qu'à communiquer par courriel avec le ministère de la Justice au sujet de l'état de la demande d'extradition—L'importance des renseignements obtenus par la GRC n'avait rien à voir avec la décision qui devait être prise en vertu de l'art. 22(1)a) de la Loi; si les renseignements avaient été obtenus dans les circonstances visées dans cette disposition, l'exception à la communication s'appliquait—Les termes « enquête » et « enquêter » ont, dans leur acception ordinaire, un sens assez large pour englober les activités de la GRC en vue d'obtenir les renseignements en

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Fin

l'espèce—Il convient de donner au terme « enquête » un sens large : *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773— Les activités de la GRC (suivre l'évolution de la demande d'extradition de l'intimé et recueillir des renseignements à l'égard de ces procédures) constituaient une enquête au sens de l'art. 22(1)a) de la Loi—Le juge a manifestement eu tort de conclure que les renseignements n'avaient pas été obtenus au cours d'une enquête—La demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé doit être rejetée—*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 269), 22(1)a).

MAYDAK C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (A-518-04, 2005 CAF 186, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 19-5-05, 8 p.)

## RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre accueillant la plainte de congédiement injuste déposée par le défendeur, ordonnant sa réintégration et le paiement de la moitié de ses frais de justice—La demanderesse, à titre de mandataire de Sa Majesté, est régie par la *Loi sur la gestion des finances publiques* et se trouve sous la tutelle du Ministre des Approvisionnements et Services—En avril 2003, le défendeur a été rétrogradé, de gestionnaire, à un poste de coordonnateur de marchés, étant donné les difficultés qu'il éprouvait dans le cadre de ses responsabilités de gestionnaire et d'administrateur, et il a été congédié en mai 2003—À titre d'explication, on lui a dit que la Société exerçait son droit à mettre fin à son emploi sans justification à la suite des relations tendues entretenues avec ses collègues de travail et le client, le ministère de la Défense nationale—Plus tard, au cours de l'enquête, la demanderesse a motivé le congédiement en disant que le rendement du défendeur était insatisfaisant dans plusieurs domaines, soit des mauvaises relations avec les clients, une incapacité à bien gérer son personnel, des mauvaises relations avec ses collègues et supérieurs, un travail peu satisfaisant, et des absences inexplicables du travail—L'arbitre a d'abord décidé, s'appuyant sur la décision *Jennings c. Shaw Cablesystems Ltd.*, 2003 CF 1206, qu'il pouvait, et même qu'il devait, accepter des motifs supplémentaires à ceux qui étaient invoqués au moment du congédiement—Ensuite, il a conclu que la preuve n'appuyait pas les prétentions de l'employeur; il a jugé que le congédiement n'était pas approprié dans les circonstances et a plutôt ordonné une suspension de longue durée—S'appuyant sur les arrêts *Énergie atomique du Canada Ltée c. Shekholeslami*, [1998] 3 C.F. 349 (C.A.) et *Chalifoux c. Première nation de Drifpile*, 2002 CAF 521, l'arbitre posa comme prémisse qu'il devait

## RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

ordonner la réintégration du défendeur à moins qu'il ait été d'avis que la relation de confiance ne pouvait être rétablie, et, compte tenu du cas, il l'ordonna—Enfin, il a refusé d'accorder des dommages-intérêts—Les questions en litige étaient la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre; l'évaluation de la preuve par l'arbitre; les délais dans lesquels l'employeur doit communiquer à l'employé ses motifs de congédiement; et si, en cas de congédiement injuste, la réintégration doit se présumer—Demande accueillie—L'art. 240 du *Code canadien du travail* octroie aux employés non syndiqués une protection contre le congédiement injuste analogue à celle que se réservent habituellement les employés syndiqués dans leur convention collective; il permet d'éviter l'arbitraire de l'employeur et d'assurer une continuité de l'emploi—Pour ce qui concerne l'évaluation des faits par l'arbitre, ainsi que le choix de la réparation appropriée, la norme de contrôle applicable est la décision manifestement déraisonnable—Par contre, la question de savoir si l'arbitre a mal interprété le droit en se disant tenu de réintégrer le défendeur à moins que l'employeur puisse démontrer que le lien de confiance était rompu, ainsi que la question de savoir si l'employeur peut ajouter, jusqu'à l'audition de la plainte par l'arbitre, aux motifs de congédiement initialement communiqués à l'employé sont assujetties à la norme de la décision correcte— En l'espèce, l'arbitre n'a pas commis d'erreur déraisonnable dans l'appréciation des motifs de congédiement, notamment en décidant que les absences répétées du défendeur ne constituaient pas un motif valable de congédiement, bien qu'il s'agisse d'une faute grave—Il ressort des décisions *Howard c. Maritime Telephone and Telegraph Co.*, [2000] A.C.F. n° 1758 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) et *Jennings c. Shaw Cablesystems Ltd.* que les motifs allégués par l'employeur doivent être révélés dans les 15 jours de la demande faite par la personne congédiée ou l'inspecteur; il est souhaitable que l'inspecteur puisse prendre connaissance des véritables motifs du congédiement pour que ses tentatives de conciliation puissent produire des fruits; tout formalisme excessif doit être évité, et c'est la raison pour laquelle l'arbitre est maître de sa procédure—Voilà pourquoi il faut accepter qu'en certaines circonstances, l'employeur soit admis à fournir de nouvelles explications après les délais prescrits—Toutefois, plus les motifs subséquents s'éloignent de l'explication originale, plus leur crédibilité sera sujette à caution—Aussi, l'employé devra toujours avoir l'opportunité de se défendre pleinement et de répondre aux allégations de l'employeur—En l'espèce, l'arbitre aurait dû faire preuve d'une plus grande circonspection et exiger de l'employeur de meilleures explications avant de considérer tous ces motifs— Mais comme il les a tous rejetés (sauf les absences) au terme d'une analyse rigoureuse de la preuve, cette erreur s'est révélée sans conséquence et ne justifiait pas à elle seule que l'on écarte sa décision—Pour ce qui concerne la réintégration, la Cour

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

n'était pas convaincue que l'arbitre n'a pas été indûment influencé dans sa décision par sa prémisse de départ, à savoir qu'il devait ordonner la réintégration si le lien de confiance n'était pas irrémédiablement rompu—Ce faisant, il a clairement commis une erreur de droit qui peut avoir eu des répercussions sur l'issue du litige—Le dossier devait donc lui être retourné pour qu'il puisse évaluer la réparation appropriée sans appliquer la présomption fautive, mais en tenant compte des facteurs généralement considérés (voir England et al., *Employment Law in Canada*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 2, LexisNexis Canada, éd. à feuille mobile, par. 17.153)—Il n'y avait pas lieu d'intervenir en ce qui concerne la décision de l'arbitre sur le remboursement de la moitié des frais de justice encourus dans le cadre de la procédure d'arbitrage—*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11—*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15).

DEFENCE CONSTRUCTION CANADA LTD. C. GIRARD  
(T-1298-04, 2005 CF 1177, juge de Montigny,  
ordonnance en date du 29-8-05, 33 p.)

Il y a trois questions en litige : demande de contrôle judiciaire présentée par le Syndicat des travailleurs en télécommunications (STT) en vue d'obtenir l'annulation d'une ordonnance du Conseil canadien des relations industrielles (Conseil) par laquelle celui-ci a rejeté une allégation de partialité visant le président et le Conseil; demande de contrôle judiciaire présentée par le STT qui tente de rétablir une ordonnance d'arbitrage obligatoire que le Conseil avait imposée pour régler les questions relatives à la convention collective opposant le STT et Telus Communications Inc. (Telus), ordonnance qui a été supprimée après réexamen; demande de contrôle judiciaire présentée par Telus pour obtenir l'annulation d'une ordonnance définitive du Conseil interdisant toute communication dans le but d'empêcher Telus d'entraver l'action du STT dans sa tâche consistant à représenter ses employés en général—Demandes rejetées—Des conflits de travail fort complexes opposent depuis longtemps les parties et ces conflits ont été compliqués par des fusions, des acquisitions, la décision quant à savoir qui serait l'agent de négociation unique, la scission des activités en deux volets—La convention collective signée par Telus et le STT a expiré en 2000 et depuis lors, les parties négocient une nouvelle convention collective—À la suite d'une plainte déposée par le STT, le Conseil a rendu, le 17 janvier 2004, une ordonnance provisoire de cesser et de s'abstenir après avoir constaté que le STT avait prouvé *prima facie* que Telus avait violé l'art. 94 du *Code canadien du travail* en communiquant avec les employés représentés par le STT—Le 28 janvier 2004, le Conseil a rendu une décision imposant l'arbitrage obligatoire (CCRI LD 1004) dans laquelle il ordonnait à Telus d'offrir l'arbitrage obligatoire pour régler

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

les clauses de la convention collective—En février 2004, Telus a demandé le réexamen de la décision imposant l'arbitrage obligatoire—En mars 2004, le STT a présenté une demande (demande de récusation) dans laquelle il alléguait que le président était partial et qu'il existait une crainte raisonnable de partialité à l'égard de l'ensemble des autres membres du Conseil—La demande de récusation a été rejetée en août 2004—Une demande de réexamen a été accueillie en février 2005 annulant la décision d'imposer l'arbitrage obligatoire, et rétablissant, avec modifications, l'ordonnance de non-communication rendue le 17 janvier 2004—Décision relative à la récusation—Rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision de récusation visant le président parce qu'elle est devenue théorique, car le président ne faisait pas partie de la formation qui a prononcé la décision relative au réexamen—Toutefois, le président n'aurait pas dû écarter sommairement la preuve par oui-dire : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259—Le président aurait dû déposer une déclaration—Il aurait été également prudent d'annoncer publiquement qu'il allait déléguer à quelqu'un d'autre le pouvoir de choisir les membres de la formation chargée du réexamen—Quant aux autres membres de la formation, le STT n'a présenté aucune preuve susceptible de répondre à la condition exigée en matière de partialité pour ce qui est de la formation chargée du réexamen et il se fonde uniquement sur la délégation de pouvoirs effectuée par le président pour fonder cette accusation contre la formation de trois membres—Accuser de partialité tous les membres du Conseil pour la raison qu'un des membres aurait fait certains commentaires sape la présomption d'impartialité et d'équité dont bénéficie chacun des membres du Conseil et compromet l'intégrité du Conseil tout entier—Enfin, le « principe de nécessité » interdit au Conseil de se déclarer inhabile à examiner à nouveau ses propres décisions, étant donné que le processus de réexamen est une fonction que le Code attribue au Conseil—De plus, en attendant (environ six mois), sans contester, les résultats de l'instruction de la demande de réexamen, le STT a renoncé à son droit de présenter des allégations de partialité à l'égard des membres de la formation chargée du réexamen—Décision relative au réexamen—En ce qui concerne la procédure utilisée par le Conseil pour réexaminer ses propres décisions et la capacité du Conseil d'infirmer ses décisions dans le cadre d'une demande de réexamen, la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable—Contrairement à ce que prétend le STT, le Code ne contient aucune disposition obligeant le Conseil à siéger en formation plénière—Le Conseil n'a jamais siégé en formation plénière depuis 1999, année où le Code a été modifié—Le Conseil a suivi sa procédure habituelle, la décision de constituer une formation composée de trois membres n'était pas manifestement déraisonnable—De plus, le Conseil est le maître de sa propre procédure—Ordonnance imposant l'arbitrage obligatoire—Le

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

Conseil n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable lorsqu'il a infirmé son ordonnance imposant l'arbitrage obligatoire—Distinction faite d'avec l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, qui fait autorité au sujet de la compétence du Conseil pour imposer des réparations comme l'arbitrage obligatoire—L'arbitrage obligatoire est l'exception plutôt que la règle parce qu'il va à l'encontre de la politique de la libre négociation collective qui sous-tend le Code—Compte tenu de la complexité et de la durée du différend qui nous occupe, des conclusions de fait auxquelles en est arrivé le Conseil, du caractère extraordinaire d'une ordonnance imposant l'arbitrage obligatoire, ainsi que de la déférence dont le législateur entendait qu'on fasse montre à l'égard des décisions du Conseil et de l'importance du principe de la libre négociation collective, il ne convenait pas de modifier la décision qui a annulé l'ordonnance imposant l'arbitrage obligatoire—Les motifs formulés par le Conseil étaient logiques et se fondaient sur son expertise dans le domaine des relations de travail—La décision n'était pas manifestement déraisonnable—Ordonnance de non-communication—En ce qui concerne la question de savoir si le Conseil a contrevenu à la Charte en émettant une ordonnance de non-communication, la norme de contrôle est celle de la décision correcte; en ce qui concerne la question de savoir si le Conseil aurait dû prononcer une ordonnance de non-communication, la norme de la décision manifestement déraisonnable s'applique—Bien que l'ordonnance de non-communication viole la liberté d'expression que lui garantit l'art. 2*b*) de la Charte, cette limitation pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte, car *Telus* a violé l'art. 94(1)*a*) du Code (lequel interdit à l'employeur de participer à la formation d'un syndicat ou à la représentation

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

des employés, ou d'intervenir dans ces activités)—L'ordonnance de non-communication constituait une limite raisonnable susceptible d'être imposée à l'employeur et une façon efficace de protéger le pouvoir exclusif que possède le syndicat de négocier une convention collective au nom de ses membres—L'ordonnance de non-communication n'avait pas une portée trop large—Le Conseil a tenu compte à bon droit de la question du déséquilibre; rien de déraisonnable dans la conclusion à laquelle en est arrivé le Conseil sur cette question—Le Conseil avait le pouvoir de rendre une ordonnance interdisant la poursuite de cette pratique à l'avenir—La décision de rendre l'ordonnance de non-communication n'était pas manifestement déraisonnable—Le Conseil n'était pas autorisé à présenter des arguments concernant le bien-fondé de sa décision relative à la partialité, le bien-fondé de sa décision de ne pas verser de renseignements factuels au dossier et le bien-fondé de la décision relative au réexamen—Le Conseil a été autorisé à aborder de façon générale les autres questions soulevées par la présente espèce, notamment celles qui touchent sa compétence et la norme de contrôle—*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2*b*)—*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 94.

TELUS COMMUNICATIONS INC. C. SYNDICAT DES TRAVAILLEURS EN TÉLÉCOMMUNICATIONS (A-84-04, A-85-04, A-242-04, A-65-05, A-99-05, A-185-05, A-187-05), 2005 CAF 262, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 25-7-05, 49 p.)

If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>