



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 3, Part 1

2012, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2012] 3 F.C.R., {³⁻²⁵⁰_{D-1-D-6}

Renvoi [2012] 3 R.C.F., {³⁻²⁵⁰_{F-1-F-7}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2012.

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

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

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

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

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

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

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

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://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Judgments	3–250
Appeals noted	I
Digests	D-1–D-6

Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision granting respondent refugee status pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 96—Respondent white South African, alleging that attacks by black South Africans racially motivated—Not seeking state protection, making late refugee claim—RPD finding respondent credible, qualifying testimony of respondent's witness as “lifeline” for claim—Determining, *inter alia*, that respondent's fear of persecution justified—Whether violence, criminality experienced by respondent constituting persecution—Respondent's evidence ambivalent, not suggesting racially motivated attacks—No evidence of systemic, racially motivated attacks against respondent, white South Africans—Respondent lacking subjective fear—Fear of prevalent crime no basis to support claim for persecution—No reasonable explanation given for not seeking

Continued on next page

SOMMAIRE

Jugements	3–250
Appels notés	I
Fiches analytiques	F-1–F-7

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui conférerait au défendeur le statut de réfugié, au sens de l'art. 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le défendeur est un Sud-Africain blanc, qui alléguait avoir été victime d'agressions à mobile raciste de la part de Sud-Africains noirs—Il n'avait pas demandé la protection de l'État et avait tardivement présenté une demande d'asile—La SPR a conclu que le défendeur était crédible et que le témoignage du témoin du défendeur était « venu sauver » la demande d'asile—Elle a conclu, entre autres, que le défendeur craignait avec raison d'être persécuté—La violence et la criminalité dont le défendeur avait été victime constituaient-elles de la persécution?—La preuve du défendeur était ambivalente, ne donnant pas à penser que les attaques étaient motivées par le racisme—Il n'y a pas de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

state protection—RPD not relying on objective evidence regarding state protection—RPD’s conclusions regarding value of witness testimony unreasonable—By asserting that RPD partial or biased, respondent simply attempting to immunize case against review, rehearing—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) granting respondent refugee status pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 96—Respondent alleging that application herein for judicial review abuse of process, breach of Charter, s. 7 rights in light of political pressure from South Africa—Whether judicial review abuse of process, breach of respondent’s rights under Charter—No evidence that judicial review proceedings commenced because of pressure from South Africa—Decision to review based on what applicant believed was flawed RPD decision—Allegations of political interference, abuse factually weak, hinging on flawed affidavits, not supported by evidence.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley (F.C.A.) 118

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision setting aside as unreasonable Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division decision granting appellant, white South African, refugee status—Federal Court rejecting argument that proceeding abuse of process because respondent’s judicial review application brought in response to diplomatic pressure; refusing to certify questions pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 74(d) concerning allegations of political interference with IRPA proceedings, perceived bias, lack of independence—Appellant arguing herein that s. 74(d)

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

preuve d’agressions à caractère raciste et systémiques contre le défendeur, ni contre les Blancs d’Afrique du Sud—Il y a absence de crainte subjective du défendeur—La crainte de la criminalité qui s’est répandue n’est pas un fondement pour étayer une prétention de persécution—Le défendeur n’a donné aucune explication raisonnable quant à la raison pour laquelle il n’avait pas sollicité la protection de l’État—La SPR ne s’est pas fondée sur la preuve objective concernant la protection de l’État—Les conclusions que la SPR a tirées au sujet de la valeur du témoignage du témoin sont déraisonnables—En affirmant que la SPR a un parti pris ou qu’elle est une institution partielle, le défendeur tente simplement de mettre sa cause à l’abri d’un contrôle judiciaire et d’une nouvelle audition—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—La Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a reconnu au défendeur la qualité de réfugié en application de l’art. 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le défendeur alléguait que la demande de contrôle judiciaire, en l’espèce, constituait un abus de procédure et une violation des droits que l’art. 7 de la Charte lui confère, au vu des pressions politiques exercées par l’Afrique du Sud—La demande de contrôle judiciaire constitue-t-elle un abus de procédure et une violation des droits que confère la Charte au défendeur?—Il n’y a aucune preuve que la procédure de contrôle judiciaire a été engagée en raison des pressions exercées par l’Afrique du Sud—La décision de demander le contrôle judiciaire était fondée sur le fait que le demandeur croyait que la décision de la SPR était viciée—Les allégations d’ingérence politique et d’abus du défendeur reposent sur un fondement factuel faible, dépendent d’affidavits viciés et ne sont pas étayées par la preuve.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley (C.A.F.) 118

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel à l’encontre d’un jugement de la Cour fédérale annulant la décision, jugée déraisonnable, de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié accordant à l’appelant, un Sud-Africain blanc, la qualité de réfugié—La Cour fédérale a rejeté l’argument selon lequel l’instance de contrôle judiciaire constituait un abus de procédure du fait que l’intimé avait présenté la demande de contrôle judiciaire en réponse à des pressions diplomatiques; elle a en outre refusé de certifier, en vertu de l’art. 74(d) de la *Loi sur l’immigration et la protection*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

not ousting general right of appeal under *Federal Courts Act*, s. 27 when applications Judge allegedly biased, wrongfully assuming or declining jurisdiction—Parliament not intending to immunize from appellate scrutiny errors undermining rule of law, public confidence in due administration of justice—However, errors alleged herein not falling within such narrow category—If Federal Court in fact failing to apply appropriate standard of review, such error not usurpation of jurisdiction falling outside s. 74(d)—Federal Court finding no evidentiary basis for allegation of abuse of process, hence refusing to certify proposed hypothetical questions—Even if possible to appeal abuse of process finding in absence of certified question, Federal Court making no reversible error in rejecting allegation—Appeal dismissed.

David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans) (F.C.)..... 136

Environment—Judicial reviews of decisions concerning respondents' obligations under *Species at Risk Act* (SARA), s. 58 to provide legal protection for critical habitat of two populations of killer whales—First application challenging Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) issued pursuant to SARA, s. 58(5)(b)—Second application challenging protection order made jointly by Minister of Fisheries and Oceans, Minister of the Environment (ministers or respondents) limiting scope of *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order* (Protection Order) made pursuant to SARA, s. 58(5)(a)—Northern and southern resident killer whales considered at risk—Minister of Fisheries and Oceans erring in law in issuing protection statement relying on policy, other non-statutory instruments, prospective laws, ministerial discretion to provide legal protection for critical habitat—Protection against destruction of critical habitat provided by SARA, s. 58(1) applying only where competent

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des réfugiés (la LIPR), les questions proposées concernant les allégations d'ingérence politique dans le déroulement d'une instance introduite sous le régime de la LIPR et de présumés partialité et manque d'indépendance—L'appelant fait valoir que l'art. 74d) n'exclut pas le droit général d'interjeter appel d'une décision de la Cour fédérale en vertu de l'art. 27 de la *Loi sur les Cours fédérales* lorsque le moyen d'appel invoqué est que le juge de première instance était partial ou qu'il s'est attribué à tort compétence ou a décliné à tort sa compétence—Le législateur ne peut avoir voulu mettre à l'abri de tout examen en appel des erreurs qui auraient pour effet d'ébranler la primauté du droit et de miner la confiance du public envers la bonne administration de la justice—Toutefois, les erreurs alléguées en l'espèce n'entrent pas dans cette catégorie étroite—L'erreur commise, si la Cour fédérale n'a effectivement pas appliqué la bonne norme de contrôle, ne constitue pas une usurpation de pouvoir qui échapperait à l'application de l'art. 74d)—La Cour fédérale a conclu que l'allégation d'abus de procédure n'était pas étayée par la preuve et elle a donc refusé de certifier les questions proposées jugeant que celles-ci étaient hypothétiques—Même dans l'hypothèse où la conclusion relative à l'abus de procédure pourrait faire l'objet d'un appel en l'absence d'une question certifiée, il reste que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur justifiant l'annulation de sa décision en rejetant l'allégation—Appel rejeté.

Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans) (C.F.)..... 136

Environnement—Contrôles judiciaires de décisions ayant trait aux obligations que l'art. 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) imposent aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards—La première demande conteste la déclaration du ministre des Pêches et des Océans, intitulée *Épaulards (Orcinus orca) résidents du nord et du sud du Canada* : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée conformément à l'art. 58(5)(b) de la LEP—La seconde demande conteste l'arrêté de protection pris conjointement par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l'Environnement (les ministres ou les défendeurs), en vue de limiter la portée de l'*Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est* (l'Arrêté de protection) pris en vertu de l'art. 58(5)(a) de la LEP—Les épaulards résidents du nord et du sud sont considérés comme étant en péril—Le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en établissant une déclaration de protection fondée sur des politiques et d'autres instruments non réglementaires, des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

minister issuing protection order under s. 58(4)—Competent minister having no discretion to rely on provision of other federal law unless law providing equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through SARA, ss. 58(1), (4)—Provisions cited in Protection Statement not legally protecting critical habitat from destruction since discretionary protection neither mandatory nor enforceable—Protection Statement in present case unlawful because legally protecting only certain components of critical habitat, failing to prevent most significant threats thereto—As for Protection Order, ministers acting unlawfully in limiting its application to geophysical areas rather than protecting all components of critical habitat—Therefore, Protection Order also incorrect, unlawful because ministers failing to respond to duty assigned thereto by SARA—Applications allowed.

Construction of Statutes—Respondents having obligation under *Species at Risk Act* (SARA), s. 58 to provide legal protection for critical habitat of two populations of killer whales—Meaning of protection statement as described in SARA, s. 58(5)(b) examined, interpreted—In s. 58(5)(a), use of word “legally” to modify “protected” together with reference to “provision in or measures under” an “Act of Parliament” confirming that provision(s) cited in protection statement should be law or regulation—Protection statement also intended to cite provisions of or under federal law, not provisions of provincial or municipal laws—Must set out how critical habitat or portions thereof “are” legally protected, not how critical habitat could be or will be legally protected.

Practice—Mootness—Applicant challenging Minister of Fisheries and Oceans’ Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) issued pursuant to *Species at Risk Act* (SARA), s. 58(5)(b)—Protection Statement subsequently replaced with Protection Order—While Protection Statement application herein moot, applicants establishing that

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels afin de protéger légalement l’habitat essentiel—La protection relative à la destruction de l’habitat essentiel que prévoit l’art. 58(1) de la LEP ne s’applique que dans le cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu de l’art. 58(4)—Un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des art. 58(1) et (4) de la LEP—Les dispositions citées dans l’Énoncé sur la protection ne protègent pas légalement l’habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n’est ni impérative, ni exécutoire—L’Énoncé sur la protection est illégal en l’espèce, car il ne protégeait légalement que certains éléments de l’habitat essentiel et ne permettait pas d’éviter les menaces les plus sérieuses pour celui-ci—En ce qui a trait à l’Arrêté de protection, les ministres ont agi de manière illégale en limitant son application à des zones géophysiques, plutôt que de protéger tous les éléments de l’habitat essentiel—Par conséquent, l’Arrêté de protection est inexact et illégal, parce que les défendeurs ont omis de répondre à une obligation que leur imposait la LEP—Demandes accueillies.

Interprétation des lois—L’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) impose aux demandeurs une obligation de protéger légalement l’habitat de deux populations d’épaulards—Le sens d’arrêté de protection, tel que décrit l’art. 58(5)(b) de la LEP a été examiné et interprété—L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’art. 58(5)(a), de pair avec la référence faite aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme que les dispositions citées dans une déclaration de protection doivent être des dispositions légales ou réglementaires—Une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, et non les dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux—Une déclaration de protection doit énoncer de quelle façon l’habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés, et non la façon dont l’habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé.

Pratique—Caractère théorique—Demandeur contestant la déclaration du ministre des Pêches et des Océans intitulée Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l’habitat critique (l’Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l’art. 58(5)(b) de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP)—L’Énoncé sur la protection a subséquemment été remplacé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Federal Court should nevertheless hear, decide fundamental issues of disagreement between parties concerning what can lawfully be relied upon in protection statement, whether Protection Statement herein illegal for failing to provide protections SARA stating ministers owing to resident killer whales.

Zhou v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 123

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by visa officer refusing applicant’s application for permanent resident visa as member of provincial nominee class—Applicant, Chinese national, selected as British Columbia provincial nominee—Visa officer requesting applicant submit various documents, including Schedule 4A, proving source of income, profitability of employers—Applicant unable to provide all documents requested—Visa officer thus unable to complete admissibility assessment—Issues whether use of Schedule 4A, request for additional documents reasonable, whether visa officer lacking jurisdiction to refuse application—Request for Schedule 4A, associated documents not unreasonable, not violating *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 15(2)—Visa officer concerned that applicant’s funds originating from criminality, organized criminality or misrepresentation—Information sought thus relevant, reasonably required—Given little information provided, not unreasonable for visa officer to be unable to determine legitimacy of applicant’s funds—Visa officer not lacking jurisdiction—Applicant’s reliance on *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, *Belkacem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* misplaced—Act, s. 9(1) (pertaining to sole provincial responsibility) not applying herein—Application dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

par l’Arrêté de protection—Bien que la demande relative à l’Énoncé sur la protection en question soit théorique, les demandeurs ont établi que la Cour fédérale doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l’espèce, l’Énoncé sur la protection était illégal parce qu’il omettait de fournir les mesures de protection que, d’après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l’égard des épaulards résidents.

Zhou c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 123

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de candidat des provinces présentée par le demandeur—Le demandeur, un citoyen de la Chine, a été choisi par la Colombie-Britannique comme candidat de la province—L’agente des visas a demandé au demandeur de présenter divers documents, y compris l’annexe 4A, pour prouver la source de revenus et la rentabilité des employeurs—Le demandeur a été incapable de présenter tous les documents demandés—L’agente n’a donc pu effectuer une évaluation complète de son admissibilité—Les questions en litige étaient de savoir si le recours à l’annexe 4A ainsi que la demande de documents supplémentaires étaient raisonnables, et si l’agente n’avait pas compétence pour rejeter la demande—La demande de présentation d’une annexe 4A et des documents liés n’était pas déraisonnable et ne violait pas le paragraphe 15(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’agente des visas était préoccupée que les fonds du demandeur puissent provenir de la criminalité, de la criminalité organisée ou d’une fausse déclaration—Les renseignements demandés étaient donc pertinents et raisonnablement requis—Compte tenu du peu de renseignements présentés, il n’était pas déraisonnable pour l’agente des visas d’être incapable de conclure que les fonds du demandeur étaient de provenance légitime—L’agente des visas avait compétence—Le demandeur a invoqué à tort *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, *Belkacem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—Le paragraphe 9(1) de la Loi (portant sur la responsabilité provinciale exclusive) ne s’applique pas en l’espèce—Demande rejetée.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canadian Society of Immigration Consultants v. Canada (Citizenship and Immigration), IMM-5039-11, 2011 FC 1435, has been affirmed on appeal (A-22-12, 2012 FCA 194), reasons for judgment handed down June 25, 2012.

Friends of the Canadian Wheat Board v. Canada (Attorney General), T-1057-11, T-1735-11, 2011 FC 1432, has been reversed on appeal (A-470-11, A-471-11, 2012 FCA 183), reasons for judgment handed down June 18, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Best v. Canada (Attorney General), A-80-11, 2011 FCA 351, Stratas J.A., judgment dated December 14, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused September 6, 2012.

Chamberlain v. Canada (Attorney General), A-23-11, 2012 FCA 44, Evans J.A., judgment dated February 8, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2012.

Gratl v. Canada, A-405-10, 2012 FCA 88, Sharlow J.A., judgment dated March 14, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused September 6, 2012.

Lee v. Canada (Citizenship and Immigration), A-213-11, 2012 FCA 54, Stratas J.A., judgment dated February 15, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2012.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Société canadienne de consultants en immigration c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-5039-11, 2011 CF 1435, a été confirmée en appel (A-22-12, 2012 CAF 194), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 juin 2012.

La décision *Friends of the Canadian Wheat Board c. Canada (Procureur général)*, T-1057-11, T-1735-11, 2011 CF 1432, a été infirmée en appel (A-470-11, A-471-11, 2012 CAF 183), les motifs du jugement ayant été prononcés le 18 juin 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Best c. Canada (Procureur général), A-80-11, 2011 CAF 351, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 14 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 septembre 2012.

Chamberlain c. Canada (Procureur général), A-23-11, 2012 CAF 44, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 8 février 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2012.

Gratl c. Canada, A-405-10, 2012 CAF 88, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 14 mars 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 septembre 2012.

Lee c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-213-11, 2012 CAF 54, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 15 février 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2012.

**Federal Courts
Reports**

2012, Vol. 3, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 3, 1^{er} fascicule

IMM-4423-09
2010 FC 1175

IMM-4423-09
2010 CF 1175

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

Brandon Carl Huntley (*Respondent*)

Brandon Carl Huntley (*défendeur*)

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

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
c. HUNTLEY

Federal Court, Russell J.—Toronto, July 13; Ottawa,
November 24, 2010.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, le 13 juillet;
Ottawa, le 24 novembre 2010.

* Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal
(A-482-10, 2011 FCA 273). The reasons for judgment, handed
down October 3, 2011, are published at [2012] 3 F.C.R. 118.

* Note de l'arrêtiste : Cette décision a été confirmée en appel
(A-482-10, 2011 CAF 273). Voici la référence de publication
des motifs du jugement prononcés le 3 octobre 2011 : [2012]
3 R.C.F. 118.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision granting respondent refugee status pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 96 — Respondent white South African, alleging that attacks by black South Africans racially motivated — Not seeking state protection, making late refugee claim — RPD finding respondent credible, qualifying testimony of respondent's witness as "lifeline" for claim — Determining, inter alia, that respondent's fear of persecution justified — Whether violence, criminality experienced by respondent constituting persecution — Respondent's evidence ambivalent, not suggesting racially motivated attacks — No evidence of systemic, racially motivated attacks against respondent, white South Africans — Respondent lacking subjective fear — Fear of prevalent crime no basis to support claim for persecution — No reasonable explanation given for not seeking state protection — RPD not relying on objective evidence regarding state protection — RPD's conclusions regarding value of witness testimony unreasonable — By asserting that RPD partial or biased, respondent simply attempting to immunize case against review, rehearing — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui conférerait au défendeur le statut de réfugié, au sens de l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le défendeur est un Sud-Africain blanc, qui alléguait avoir été victime d'agressions à mobile raciste de la part de Sud-Africains noirs — Il n'avait pas demandé la protection de l'État et avait tardivement présenté une demande d'asile — La SPR a conclu que le défendeur était crédible et que le témoignage du témoin du défendeur était « venu sauver » la demande d'asile — Elle a conclu, entre autres, que le défendeur craignait avec raison d'être persécuté — La violence et la criminalité dont le défendeur avait été victime constituaient-elles de la persécution? — La preuve du défendeur était ambivalente, ne donnant pas à penser que les attaques étaient motivées par le racisme — Il n'y a pas de preuve d'agressions à caractère raciste et systémiques contre le défendeur, ni contre les Blancs d'Afrique du Sud — Il y a absence de crainte subjective du défendeur — La crainte de la criminalité qui s'est répandue n'est pas un fondement pour étayer une prétention de persécution — Le défendeur n'a donné aucune explication raisonnable quant à la raison pour laquelle il n'avait pas sollicité la protection de l'État — La SPR ne s'est pas fondée sur la preuve objective concernant la protection de l'État — Les conclusions que la SPR a tirées au sujet de la valeur du témoignage du témoin sont déraisonnables — En affirmant que la SPR a un parti pris ou qu'elle est une institution partielle, le défendeur tente simplement de

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) granting respondent refugee status pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 96 — Respondent alleging that application herein for judicial review abuse of process, breach of Charter, s. 7 rights in light of political pressure from South Africa — Whether judicial review abuse of process, breach of respondent's rights under Charter — No evidence that judicial review proceedings commenced because of pressure from South Africa — Decision to review based on what applicant believed was flawed RPD decision — Allegations of political interference, abuse factually weak, hinging on flawed affidavits, not supported by evidence.

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board granting the respondent status as a Convention refugee pursuant to section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The respondent had claimed refugee status on the basis of fear of discrimination, harassment and possible death because of his race.

The respondent, a white citizen of the Republic of South Africa, reported being the victim of several assaults by black South Africans. He alleged that those assaults were racially motivated, and stated that he did not seek police or state protection because the authorities are unwilling or unable to help white South Africans. After his work permit expired, the respondent attempted to join the Canadian Forces and married a Canadian citizen prior to making his refugee claim. The RPD found the respondent credible and accepted his evidence with regard to the attacks. One of the respondent's witnesses, Ms. Kaplan, whose brother was victimized by black South Africans, also testified that the police are corrupt and will not help white South Africans, and that a genocide is occurring against white South Africans. The RPD qualified the testimony of Ms. Kaplan as enhancing the respondent's allegations of persecution of white South Africans and as a "lifeline" for his claim. Finally, the RPD determined that, while making a late refugee claim, the respondent's fear of persecution by black South Africans was justified based on the objective evidence before it, which demonstrated that the state was unable or unwilling to protect the respondent, and

mettre sa cause à l'abri d'un contrôle judiciaire et d'une nouvelle audition — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a reconnu au défendeur la qualité de réfugié en application de l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le défendeur alléguait que la demande de contrôle judiciaire, en l'espèce, constituait un abus de procédure et une violation des droits que l'art. 7 de la Charte lui confère, au vu des pressions politiques exercées par l'Afrique du Sud — La demande de contrôle judiciaire constitue-t-elle un abus de procédure et une violation des droits que confère la Charte au défendeur? — Il n'y a aucune preuve que la procédure de contrôle judiciaire a été engagée en raison des pressions exercées par l'Afrique du Sud — La décision de demander le contrôle judiciaire était fondée sur le fait que le demandeur croyait que la décision de la SPR était viciée — Les allégations d'ingérence politique et d'abus du défendeur reposent sur un fondement factuel faible, dépendent d'affidavits viciés et ne sont pas étayées par la preuve.

Il s'agissait d'une demande en vue de soumettre à un contrôle judiciaire la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait reconnu au défendeur la qualité de réfugié au sens de la Convention en application de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur avait revendiqué le statut de réfugié en disant craindre d'être victime de discrimination, de harcèlement et peut-être de mort du fait de sa race.

Le défendeur, un citoyen de race blanche de la République de l'Afrique du Sud, avait dit avoir été attaqué et agressé à maintes reprises par des Sud-Africains noirs. Il avait allégué que ces agressions avaient un mobile raciste et il avait affirmé qu'il n'avait pas demandé la protection de la police ou de l'État, car les autorités n'avaient pas la capacité ou la volonté d'aider les Sud-Africains blancs. Après l'expiration de son permis de travail, le défendeur avait tenté de s'enrôler dans les Forces armées canadiennes et avait épousé une citoyenne canadienne avant de présenter sa demande d'asile. La SPR avait conclu que le défendeur était digne de foi et avait accepté son témoignage au sujet des agressions. L'un des témoins du défendeur, M^{me} Kaplan, dont le frère avait été victimisé par des Sud-Africains noirs, avait aussi relaté dans son témoignage que la police était corrompue et qu'elle ne voulait pas aider les Sud-Africains blancs, et que les Sud-Africains blancs faisaient l'objet d'un génocide. La SPR avait souligné que le témoignage de M^{me} Kaplan avait corroboré les allégations du défendeur à propos de la persécution des Sud-Africains blancs et qu'il était « venu sauver » sa demande d'asile. Finalement, la SPR avait conclu que, bien qu'il eut

that no viable internal flight alternative existed for the respondent in South Africa.

The respondent alleged, *inter alia*, that the applicant's present application was an abuse of process in light of the political pressure by the South African government and that it breached the respondent's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent also argued that the applicant's characterization of the persecution faced by the respondent as random acts does not follow from the evidence, and that the RPD properly assessed the respondent's subjective fear based on the evidence and facts before it.

The main issues were whether the violence and criminality experienced by the respondent constitutes persecution, and whether the applicant's application for judicial review was an abuse of process and breached the respondent's rights under the Charter.

Held, the application should be allowed.

There was ambivalence in the respondent's evidence as to the motivations for the attacks against him, his reasons for coming to Canada and his reasons for not seeking police protection in South Africa. The respondent's testimony did not suggest anything overtly racial about the attacks apart from racial slurs and insults that were uttered by his attackers. Such terms are not, in themselves, an objective indicator that the respondent was attacked because he is white. The evidence did not suggest that mixed motives were behind the attacks, i.e. that the respondent was attacked for his property and for punishment for being white. Rather, the attacks were meant to rob him of his property and money. The respondent's race was simply an *indicium* of relative wealth, and this did not render the attacks racist. In general, the respondent's unprompted evidence could not reasonably support a finding of systemic, racially motivated attacks. The respondent's objective documentary evidence also failed to support his allegations of systemic criminality based on racial discrimination against white South Africans.

The evidence pointed to a lack of subjective fear by the respondent. The respondent was unequivocal in stating that his reasons for coming to Canada were economic and had

tardé à demander l'asile, le défendeur craignait avec raison d'être persécuté par les Sud-Africains noirs, au vu de la preuve objective qu'on lui avait soumise, qui démontrait que l'État n'avait pas la capacité ou la volonté de protéger le défendeur et que ce dernier ne bénéficiait d'aucune possibilité de refuge intérieur viable en Afrique du Sud.

Le défendeur a allégué, notamment, que la demande présentée par le demandeur constituait un abus de procédure, au vu des pressions politiques exercées par le gouvernement de l'Afrique du Sud, et qu'elle violait les droits que l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lui confère. Le défendeur a aussi prétendu que le fait que le demandeur ait qualifié d'actes de violence aléatoires la persécution qu'il avait subie ne découle pas de la preuve et que la SPR avait correctement apprécié la crainte subjective du demandeur en se fondant sur la preuve et les faits qui lui avaient été soumis.

Les principales questions en litige étaient de savoir si la violence et la criminalité dont le défendeur avait été victime constituaient de la persécution, et si la demande de contrôle judiciaire du ministre constituait un abus de procédure et violait les droits que confère au défendeur la Charte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il existait de l'ambivalence dans le témoignage du défendeur au sujet du mobile des agressions dont il avait été victime, des raisons pour lesquelles il était venu au Canada et des motifs pour lesquels il n'avait pas sollicité la protection de la police en Afrique du Sud. Le témoignage du défendeur ne donnait pas l'impression que ces agressions avaient un caractère manifestement raciste, à part les insultes racistes proférées par ses agresseurs. Ces mots ne sont pas en soi un indice objectif que le défendeur avait été agressé parce qu'il était blanc. La preuve ne donnait pas à penser que les agressions étaient motivées par des mobiles mixtes, c'est-à-dire que les agressions avaient pour but de permettre aux agresseurs de s'emparer de ses biens et de le châtier, parce qu'il était blanc. En fait, les agressions avaient pour but de lui voler et ses biens et son argent. La race du défendeur était simplement un indice de richesse relative, et cela ne rendait pas les agressions racistes. De façon générale, le témoignage non sollicité du défendeur ne pouvait étayer raisonnablement une conclusion d'agressions à caractère raciste et systémiques. La preuve documentaire objective produite par le défendeur n'était pas non plus ses allégations au sujet d'une criminalité systémique fondée sur une discrimination raciale à l'égard des Sud-Africains blancs.

La preuve faisait ressortir un manque de crainte subjective du défendeur. Le défendeur ne pouvait être plus clair lorsqu'il a mentionné que les raisons pour lesquelles il était venu au

nothing to do with a fear of race-based violence. His fear of the prevalent crime that exists in South Africa was not a sufficient basis to support a claim for persecution. The respondent's failure to report the attacks to the police confirmed his lack of subjective fear. He provided no reasonable explanation as to why he did not seek state protection, even when some of the attacks occurred when the white apartheid regime was in full control and intent upon subduing the black South Africans. There was no evidence before the RPD that the respondent either asked for help from the police or was denied such help. While the documentation provided by the respondent was relevant, it was personal, partial and political and had to be examined against a broader background of more independent sources. As such, the willingness and ability of the South African state to protect white South Africans is an issue that remains to be determined on a much more objective evidentiary basis than the RPD referred to and relied upon. Finally, an extensive delay in making a refugee claim usually counts against an allegation of subjective fear. In the present case, the RPD excused the respondent's delay because it bought into Ms. Kaplan's view, which was partial and based upon her membership in a particular racial and socio-economic class, of what is happening in South Africa, and decided that this view allowed the respondent to claim refugee status. The RPD's conclusions regarding the value of Ms. Kaplan's evidence and the "lifeline" use that made of that evidence to support the respondent's refugee claim were unreasonable.

As to the RPD's handling of the documentary evidence, reliance was, for the most part, based on factors that had little to do with the respondent's refugee claim. The RPD's decision also contained numerous errors that rendered it unreasonable.

There was no evidence that the Government of Canada paid any heed to diplomatic pressure from South Africa in deciding whether or not to commence the judicial review proceedings herein. The tenor, texture, weight and merit of the application suggested nothing more than a decision by the applicant to review a flawed RPD decision. Nor did the timing of the applicant's decision to proceed with a judicial review prove anything. The respondent's allegations of political interference and abuse had an extremely weak factual basis and hinged primarily on flawed affidavits that did not meet the standards in *Ly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. The respondent's constitutional and abuse arguments were thus not supported by any evidence.

Canada étaient d'ordre économique et n'avaient rien à voir avec une crainte de violence à caractère raciste. Sa crainte de la criminalité qui s'est répandue en Afrique du Sud n'était pas suffisante pour étayer une prétention de persécution. L'omission du défendeur de signaler les agressions à la police confirmait son absence de crainte subjective. Il n'a donné aucune explication raisonnable quant à la raison pour laquelle il n'avait pas sollicité la protection de l'État, bien que certaines de ces agressions soient survenues à une époque où le régime d'apartheid blanc était en plein contrôle et résolu à mater les Sud-Africains noirs. Aucune preuve n'a été soumise à la SPR pour démontrer que le défendeur avait sollicité l'aide de la police ou qu'on lui avait refusé une aide quelconque. Bien que la documentation fournie par le défendeur ait été pertinente, celle-ci était personnelle, partielle et politique, et devait être examinée par rapport à un éventail plus vaste de sources plus indépendantes. Cela étant, la volonté et la capacité de l'État sud-africain à protéger les Sud-Africains blancs est une question qui reste à être tranchée en fonction d'un fondement probant plus objectif que celui auquel la SPR s'est reportée et sur lequel elle s'est fondée. Finalement, un retard aussi long à demander l'asile aurait été habituellement retenu contre une allégation de crainte subjective. Dans le cas présent, la SPR a excusé ce retard, parce qu'elle avait souscrit au point de vue de M^{me} Kaplan, qui était partial et fondé sur son appartenance à une classe raciale et socioéconomique particulière, sur ce qui se passe en Afrique du Sud, et qu'elle avait décidé que ce point de vue permettait de reconnaître au défendeur le statut de réfugié. Les conclusions que la SPR avait tirées au sujet de la valeur du témoignage de M^{me} Kaplan, ainsi que le fait qu'elle s'était servie de ce témoignage pour « sauver » la demande d'asile du défendeur, étaient déraisonnables.

En ce qui concerne la façon dont la SPR avait traité la documentation, celle-ci s'était fondée en général sur des facteurs qui ont peu de pertinence à l'égard de la demande d'asile du défendeur. La décision de la SPR comportait également de nombreuses erreurs qui faisaient en sorte qu'elle était déraisonnable.

Il n'existait aucune preuve que le gouvernement du Canada avait cédé de quelque manière aux pressions diplomatiques de l'Afrique du Sud en décidant d'engager ou non la procédure de contrôle judiciaire en l'espèce. La teneur, la texture, le poids et le bien-fondé de la demande ne dénotaient rien de plus qu'une décision prise par le demandeur de faire contrôler judiciairement une décision viciée de la SPR. Le moment où la demande de contrôle judiciaire a été présentée par le demandeur ne prouve rien non plus. Les allégations d'ingérence politique et d'abus du défendeur reposaient sur un fondement factuel des plus faibles et dépendaient principalement d'affidavits viciés qui ne satisfaisaient pas aux critères énoncés dans la décision *Ly c. Canada (Ministre de*

The respondent's suggestion that the RPD could not fairly and impartially redetermine his refugee claim if it was returned for reconsideration because of the publicity and controversy surrounding it was simply an attempt to immunize his case against judicial review and rehearing. The respondent could not become a Convention refugee by default and by mere assertions of partiality or institutional bias on the part of the RPD.

la Citoyenneté et de l'Immigration). Les arguments constitutionnels et d'abus du défendeur n'étaient donc pas étayés par la preuve.

L'affirmation du défendeur voulant que la SPR ne pouvait maintenant plus réexaminer d'une manière équitable et impartiale sa demande d'asile si elle devait lui être renvoyée pour réexamen, en raison de la publicité et de la controverse entourant l'affaire, constituait simplement une tentative de mettre sa cause à l'abri d'un contrôle judiciaire et d'une nouvelle audition. Le défendeur ne pouvait pas devenir un réfugié au sens de la Convention par défaut ainsi que par de simples affirmations de parti pris ou de partialité institutionnelle de la part de la SPR.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 12 (as am. by SOR/2002-232, s. 15).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81 (as am. by SOR/2009-331, s. 2).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72, 96.

CASES CITED

APPLIED:

Ly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FC 1184; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, (1976), 68 D.L.R. (3d) 716, 9 N.R. 115.

DISTINGUISHED:

United States of America v. Cobb, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, 197 D.L.R. (4th) 46, 152 C.C.C. (3d) 270.

CONSIDERED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley, 2010 FC 407, 366 F.T.R. 201; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Zhuravlev v. Canada (Minister of*

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.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 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 l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72, 96.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81 (mod. par DORS/2009-331, art. 2).

Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), art. 12 (mod. par DORS/2002-232, art. 15).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ly c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CF 1184; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

États-Unis d'Amérique c. Cobb, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley, 2010 CF 407; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Zhuravlev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

Citizenship and Immigration), [2000] 4 F.C. 3, (2000), 187 F.T.R. 110 (T.D.); *Shahiraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 453, 205 F.T.R. 199; *Flores v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 893; *Smirnov v. Canada (Secretary of State)*, [1995] 1 F.C. 780 (T.D.); *Deigan v. Canada (Minister of Industry)* (1996), 206 N.R. 195 (F.C.A.); *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, 245 N.B.R. (2d) 299, 209 D.L.R. (4th) 564; *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377, 267 D.L.R. (4th) 54, 41 Admin. L.R. (4th) 45; *Pillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1417, [2002] 3 F.C. 481, 39 Admin. L.R. (3d) 123, 19 Imm. L.R. (3d) 152.

REFERRED TO:

Song v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 FC 467; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, 212 D.L.R. (4th) 139, 20 Imm. L.R. (3d) 119; *Mendoza Cornejo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 261; *Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 450; *Blake v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 572, [2009] 1 F.C.R. 179, 328 F.T.R. 200, 72 Imm. L.R. (3d) 301; *Smith v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2010 FC 321, 363 F.T.R. 186; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1, 20 Imm. L.R. (2d) 85; *Prophète v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, 387 N.R. 149; *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 345 (F.C.A.); *Hernandez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1211; *Ramirez Tenorio v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 63; *Mejia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1180; *Syed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16201, 195 F.T.R. 39 (F.C.T.D.); *Danquah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 832; *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1984), 2 C.I.P.R. 205, 79 C.P.R. (2d) 103, 53 N.R. 68 (F.C.A.); *First Green Park Pty. Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 845, (1997), 72 C.P.R. (3d) 327, 127 F.T.R. 189 (T.D.); *Bressette v. Kettle and Stony Point First Nations Band Council*, 1997 CanLII 5436, 137 F.T.R. 189 (F.C.T.D.); *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659, (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Tataskweyak Cree Nation v. Sinclair*, 2007 FC 1107, 320 F.T.R. 1; *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360, (1983), 33 C.P.C. 230, 46 N.R. 483 (C.A.); *Kassab v. Bell Canada*, 2008 FC 1181, 337 F.T.R. 152; *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship*

and Immigration), [2004] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.); *Shahiraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 453; *Flores c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 893; *Smirnov c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1995] 1 C.F. 780 (1^{re} inst.); *Deigan c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [1996] A.C.F. n° 1360 (C.A.) (QL); *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre de Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, (2002), 245 R.N.B. (2^e) 299; *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377; *Pillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1417, [2002] 3 C.F. 481.

DÉCISIONS CITÉES :

Song c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CF 467; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358; *Mendoza Cornejo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 261; *Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 450; *Blake c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 572, [2009] 1 R.C.F. 179; *Smith c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2010 CF 321; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Prophète c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 31; *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL); *Hernandez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1211; *Ramirez Tenorio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* 2007 CF 63; *Mejia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1180; *Syed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 16201 (C.F. 1^{re} inst.); *Danquah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 832; *Smith Kline & French Laboratories Ltd. c. Novopharm Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 223 (C.A.) (QL); *First Green Park Pty. Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 845 (1^{re} inst.); *Bressette c. Kettle and Stony Point First Nations Band Council*, 1997 CanLII 5436 (C.F. 1^{re} inst.); *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.); *Nation crie de Tataskweyak c. Sinclair*, 2007 CF 1107; *Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.); *Kassab c. Bell Canada*, 2008 CF 1181; *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89.

and Immigration) (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365.

AUTHORS CITED

- Africa Ka Mahamba. “Taking from whites is not a crime in SA”, *Daily Sun* (23 March 2004).
Amnesty International Report 2008: South Africa, online: <<http://archive.amnesty.org/report2008/eng/regions/africa/south-africa.html>>.
- Bullard, David. “Loss of freedom creeps up on us like a face of wrinkles”, *Sunday Times* (21 October 2007).
Europa World Year Book 2008, 49th ed. London: Routledge, 2008.
- Hijacking Awareness Guide*, online: <http://rocci.org/Hijacking_Awareness_Guide.pdf>.
- Human Rights Watch. *World Report 2008: South Africa: Events of 2007*, online: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2k8_web.pdf>.
- Immigration and Refugee Board of Canada. National Documentation Package, Issue Papers and Country Fact Sheets: South Africa, 25 March 2009, online: <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/Publications/PubNDP_CDN.aspx?id=1790>.
- IRIN: Humanitarian news and analysis service of the United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. “South Africa: Burning the welcome mat”, online: <<http://irinnews.org/report.aspx?reportid=78302>>.
- M. Riordan-Bull Kleinmond. “Attacks have shown most of ANC to be racists”, *Cape Argus* (31 May 2008).
- Morley, Robert. “South Africa: The Next Zimbabwe”, *theTrumpet.com* (February 3, 2009), online: <<http://www.thetrumpet.com/?q=5919.4283.0.0>>.
- “South Africa’s crime crisis”, *BBC News* (27 May 1999), online: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1999/05/99/south_africa_elections/353596.stm>.
- U.S. Department of State. *2008 Human Rights Report: South Africa*. Washington: Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, online: <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/af/119025.htm>>.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2009 CanLII 90063) by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board granting the respondent status as a Convention refugee pursuant to section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

DOCTRINE CITÉE

- Africa Ka Mahamba. « Taking from whites is not a crime in SA », *Daily Sun* (23 mars 2004).
Amnesty International – Rapport 2008 : Afrique du Sud, en ligne : <<http://archive.amnesty.org/report2008/fra/regions/africa/south-africa.html>>.
- Bullard, David. « Loss of freedom creeps up on us like a face of wrinkles », *Sunday Times* (21 octobre 2007).
- Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada. Cartable national de documentation, Exposés et Documents d’information sur un pays : Afrique du Sud, 25 mars 2009, en ligne : <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/Publications/pubndp_cdn.aspx?id=2328>.
- Europa World Year Book 2008*, 49^e éd. Londres : Routledge, 2008.
- Hijacking Awareness Guide*, en ligne : <http://rocci.org/Hijacking_Awareness_Guide.pdf>.
- Human Rights Watch. *World Report 2008: South Africa: Events of 2007*, en ligne : <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2k8_web.pdf>.
- IRIN : Service des nouvelles et analyses humanitaires du Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations Unies. « South Africa: Burning the welcome mat », en ligne : <<http://irinnews.org/report.aspx?reportid=78302>>.
- M. Riordan-Bull Kleinmond. « Attacks have shown most of ANC to be racists », *Cape Argus* (31 mai 2008).
- Morley, Robert. « South Africa: The Next Zimbabwe », *theTrumpet.com* (3 février 2009), en ligne : <<http://www.thetrumpet.com/?q=5919.4283.0.0>>.
- « South Africa’s crime crisis », *BBC News* (27 mai 1999), en ligne : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/special_report/1999/05/99/south_africa_elections/353596.stm>.
- U.S. Department of State. *2008 Human Rights Report: South Africa*. Washington : Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, en ligne : <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/af/119025.htm>>.

DEMANDE en vue de soumettre à un contrôle judiciaire la décision (*X (Re)*, 2009 CanLII 90063) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié avait reconnu au défendeur la qualité de réfugié au sens de la Convention en application de l’article 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES

Bernard Assan and B. Asha Gafar for applicant.
Rocco Galati and Russell Lucien Kaplan for respondent.

ONT COMPARU

Bernard Assan et B. Asha Gafar pour le demandeur.
Rocco Galati et Russell L. Kaplan pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Rocco Galati Law Firm Professional Corporation,
 Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Rocco Galati Law Firm Professional Corporation,
 Toronto, pour le défendeur.

Table of ContentsTable des matières

	Paragraph		Paragraphe
Reasons for Judgment and Judgment	1	Motifs du jugement et jugement	1
Background	2	Le contexte	2
Decision Under Review	6	La décision faisant l'objet du présent contrôle...	6
Issues	28	Les questions en litige	28
Statutory Provisions	29	Les dispositions législatives applicables	29
Standard of Review	34	La norme de contrôle applicable	34
Arguments	41	Les arguments invoqués	41
The Applicant	41	Le demandeur	41
Preliminary Issues	41	Les questions préliminaires	41
Affidavits	41	Les affidavits	41
No Abuse of Process	46	L'absence d'abus de procédure ..	46
Errors in the Decision	49	Les erreurs commises dans la décision	49
State Protection	50	La protection de l'État	50
Assessment of Evidence Was Unrea- sonable	57	L'évaluation de la preuve était dé- raisonnable	57
No Evidence Supporting Witness's Opinions	58	Pas de preuves à l'appui des opinions du témoin	58
No Evidence of Genocide	61	L'absence de preuve de génocide	61
Affirmative Action Policies	63	La politique d'action positive	63
Focus on White Farmers Is Unreason- able	65	L'accent mis sur les fermiers blancs est déraisonnable	65
IFA Finding Is Perverse	66	La conclusion de l'existence d'une PRI est arbitraire	66
Selective Use of Objective Docu- mentary Evidence	67	L'utilisation sélective de la preuve documentaire objective	67
Random Acts of Violence Are Not Persecution	69	Des actes de violence aléatoires ne constituent pas de la persécution	69

Absence of Subjective Fear	71	L'absence de crainte subjective	71
Delay.....	73	Le retard.....	73
The Respondent	76	Le défendeur	76
Abuse of Process	76	L'abus de procédure.....	76
Reweighting Evidence.....	79	La réévaluation de la preuve.....	79
State Protection.....	82	La protection de l'État	82
Factual Findings	83	Les conclusions de fait	83
Persecution	85	La persécution	85
Subjective Fear	86	La crainte subjective.....	86
Costs	89	Les dépens	89
Analysis	90	Analyse	90
General.....	90	Généralités	90
The Respondent's Oral Evidence.....	96	Le témoignage du défendeur	96
Examination by Mr. Kaplan.....	122	L'interrogatoire de M ^e Kaplan	122
Objective Evidence of Racial Motivation	126	La preuve objective de la motivation	
		raciste.....	126
Subjective Fear	146	La crainte subjective	146
Reasons for Coming to Canada	150	Les motifs de la venue au Canada	150
Failure to Report to the Police.....	157	Le défaut de signaler les agressions à la	
		police.....	157
Delay in Making a Refugee Claim	162	Le retard à demander l'asile	162
Conclusions About the Respondent's		Les conclusions concernant le témoignage	
Personal Evidence.....	169	personnel du défendeur.....	169
The Evidence of Ms. Lara Kaplan.....	171	Le témoignage de M ^{me} Lara Kaplan	171
Ms. Kaplan's Personal Experiences.....	189	Les incidents personnels de M ^{me} Lara	
		Kaplan.....	189
Ms. Kaplan's Account of Third-Party		Le récit fait par M ^{me} Kaplan d'agressions	
Attacks	197	contre des tiers	197
Ms. Kaplan's General Views	204	Les opinions générales de M ^{me} Kaplan....	204
The Documentary Evidence	210	La preuve documentaire	210
National Documentation Package	223	Le Cartable national de documentation ...	223
The RPD's Findings	230	Les conclusions de la SPR.....	230
		Les conclusions sur le bien-fondé de la	
Conclusions on Merits	231	demande d'asile	231
External Considerations.....	237	Les considérations externes	237
The Evidence of Interference.....	239	La preuve de l'ingérence	239
The Affidavit of Ms. Stefanie Gude.....	240	L'affidavit de M ^{me} Stefanie Gude	240
The Affidavit of Ms. Amina Sherazee	261	L'affidavit de M ^e Amina Sherazee	261
The Jurisprudence.....	275	La jurisprudence	275
The Remedy.....	294	Le recours	294
Certification	300	Les questions à certifier	300

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

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

[1] RUSSELL J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD), dated August 27, 2009 [*X (Re)*, 2009 CanLII 90063] (decision), which granted the respondent status as a Convention refugee pursuant to section 96 of the Act.

[1] LE JUGE RUSSELL : Il s'agit d'une demande présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) en vue de soumettre à un contrôle judiciaire la décision, datée du 27 août 2009 [*X (Re)*, 2009 CanLII 90063] (la décision), par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a reconnu au défendeur la qualité de réfugié au sens de la Convention en application de l'article 96 de la Loi.

BACKGROUND

LE CONTEXTE

[2] The respondent, Brandon Carl Huntley, is a white male citizen of the Republic of South Africa (South Africa). He claimed refugee status on the basis of fear of discrimination, harassment and possible death because of his race. The respondent reports having been attacked and assaulted by black South Africans on numerous occasions. His attackers used racial slurs.

[2] Le défendeur, Brandon Carl Huntley, est un citoyen de race blanche de la République de l'Afrique du Sud (l'Afrique du Sud), qui a revendiqué le statut de réfugié en disant craindre d'être victime de discrimination, de harcèlement et peut-être de mort du fait de sa race. Il dit avoir été attaqué et agressé à maintes reprises par des Sud-Africains noirs. Ses agresseurs ont proféré contre lui des insultes racistes.

[3] The respondent first came to Canada on a work permit in 2004 to work as an amusement park attendant. He then returned to South Africa in November 2004 upon the expiration of his first work permit. The respondent returned to Canada on another work permit in June 2005. That permit expired in December 2006.

[3] Le défendeur est arrivé au Canada muni d'un permis de travail en 2004, pour travailler comme préposé dans un parc d'attractions. Il est ensuite retourné en Afrique du Sud en novembre 2004 quand son premier permis de travail a expiré. Il est revenu au Canada muni d'un autre permis de travail en juin 2005. Ce permis-là a expiré en décembre 2006.

[4] The respondent remained in Canada illegally upon the expiration of his second work permit. He married Melani Crête, a Canadian citizen, in August 2007. He then applied for refugee status in April 2008. The respondent's application was allowed. However, the Minister of Citizenship and Immigration (applicant or Minister) now seeks to quash the decision.

[4] Après l'expiration de son second permis de travail, le défendeur est demeuré illégalement au Canada. Il a épousé une citoyenne canadienne, Melani Crête, en août 2007. Il a ensuite demandé l'asile en avril 2008, et sa demande a été accueillie. Cependant, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le demandeur ou le ministre) voudrait maintenant faire annuler la décision.

[5] The respondent brought a motion on March 31, 2010 requesting that this matter be converted from an application to an action, or that the Minister be ordered to forward to the respondent his reasons for commencing

[5] Le 31 mars 2010, le défendeur a présenté une requête pour que sa demande soit convertie en une action ou qu'il soit ordonné au ministre de lui faire part de ses motifs pour introduire une procédure de contrôle

judicial review. Justice Yvon Pinard heard the respondent's motion and issued an order on April 16, 2010 dismissing it [2010 FC 407, 366 F.T.R. 201].

DECISION UNDER REVIEW

[6] The RPD determined that the respondent was a credible witness and accepted his evidence with regard to the attacks he had suffered. Moreover, the RPD determined that the respondent's allegations of persecution of white South Africans were enhanced by the oral testimony of Ms. Lara Anne Kaplan, who is also a citizen of South Africa.

[7] Ms. Kaplan stated that "things started to shift to the disadvantage of the white South Africans" after Nelson Mandela's release from prison and his election as president. She said that part of the shift included an attempt to "get the formally [*sic*] underprivileged African-South Africans to move into the business world and start earning better money". This was known as Black Economic Empowerment (BEE). Moreover, Ms. Kaplan suggested that affirmative action in South Africa involves the use of different standards in order to allow black South Africans to attain positions of influence and power. According to the RPD member [at paragraph 41], "At the time, [the witness] was at the top of the corporate ladder. But some 12-13 years into her career, she noticed she was not receiving any further promotions and that 'a lot of black people were coming in to take our place'."

[8] Ms. Kaplan also noted two incidents in which she was accosted by black South Africans and threatened with a gun.

[9] The RPD [at paragraph 45] noted Ms. Kaplan's belief that "[black South Africans] believe that all whites are equally responsible for apartheid and that 'we should be eradicated and stomped on like an ant'." She described the current situation in South Africa as being a

judiciaire. Le juge Yvon Pinard a entendu sa requête et, par une ordonnance rendue le 16 avril 2010, il l'a rejetée [2010 CF 407].

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU PRÉSENT CONTRÔLE

[6] La SPR a conclu que le défendeur était un témoin digne de foi et elle a accepté son témoignage au sujet des agressions dont il avait été victime. En outre, elle a conclu que le témoignage de M^{me} Lara Anne Kaplan, elle aussi citoyenne de l'Afrique du Sud, corroborait les allégations du défendeur à propos de la persécution des Sud-Africains blancs.

[7] M^{me} Kaplan a déclaré que [TRADUCTION] « les choses ont commencé à changer en défaveur des Sud-Africains blancs » une fois que Nelson Mandela est sorti de prison et a été élu comme président. Une partie des changements, a-t-elle ajouté, a inclus une série d'efforts pour [TRADUCTION] « permettre aux Sud-Africains noirs auparavant défavorisés d'entrer dans le monde des affaires et de commencer à gagner plus d'argent ». C'est ce que l'on a appelé l'émancipation économique des Noirs, le Black Economic Empowerment (BEE). De plus, M^{me} Kaplan a laissé entendre qu'en Afrique du Sud les mesures d'action positive comprennent l'application de normes différentes afin de permettre à des Sud-Africains noirs d'accéder à des postes d'influence et de pouvoir. Selon le commissaire de la SPR [au paragraphe 41], « À l'époque, le témoin était au sommet de l'échelle administrative. Cependant, elle s'est rendue compte que, après 12 ou 13 ans de carrière, elle a cessé d'obtenir des promotions et que [TRADUCTION] "beaucoup de Noirs arrivaient pour prendre nos places". »

[8] M^{me} Kaplan a également fait état de deux incidents dans lesquels elle a été accostée par des Sud-Africains noirs, qui l'ont menacée à la pointe d'une arme à feu.

[9] La SPR [au paragraphe 45] a noté la conviction de M^{me} Kaplan selon laquelle « les [Sud-Africains noirs] croient que tous les Blancs sont également responsables de l'apartheid et que [TRADUCTION] "nous devrions être éradiqués et écrasés comme des fourmis". » Elle a qualifié

“reverse apartheid”, and claimed that all whites feel the hatred of black South Africans towards them.

[10] Ms. Kaplan alleged that the police in South Africa, who are themselves mainly black South Africans, do not act upon crimes that black South Africans commit against white South Africans. It was the witness’s view that this occurs because the police are “corrupt” and “in cahoots with the criminals”. According to Ms. Kaplan, the police do not want to help white South Africans who are attacked. Because you are white, “you deserve it. It’s long overdue.”

[11] Ms. Kaplan then described what happened to Robert Kaplan, one of her brothers. While Robert’s son was asleep in the house, four black South African men broke into his house, apparently intending to harm his child. Robert pleaded with them not to harm his son and told them they could do what they wanted to him instead. Robert was then tied up, tortured, stabbed nine times, shot three times in the chest, burned with a hot iron and “left for dead”. Robert survived this ordeal, although he required open-heart surgery and long-term intensive care.

[12] This incident was well documented on the television and radio and in the newspapers. Ms. Kaplan stated her belief that the attack on Robert occurred because her brother was both white and wealthy. The RPD [at paragraphs 55–56*] described the telling of this incident by Ms. Kaplan as follows:

During the course of [the witness’s] testimony, she broke down and cried openly. That was to be expected. What I did not expect was to see counsel, [Russell Kaplan], also break down and cry while she was describing the torture of her brother.

It turns out that counsel, Mr. [Kaplan], is also a brother of [the witness] and [Robert’s brother]. He was also born in South Africa and came to Canada some years ago as an immigrant.

* Editor’s Note: From this point on in the RPD’s reasons, the paragraph numbering of the French and English version does not match.

la situation actuelle en Afrique du Sud de [TRADUCTION] « apartheid inversé » et a soutenu que tous les Blancs ressentent la haine des Sud-Africains noirs à leur égard.

[10] M^{me} Kaplan a allégué qu’en Afrique du Sud, la police, elle-même composée principalement de Sud-Africains noirs, n’intervient pas à la suite des crimes que des Sud-Africains noirs commettent contre des Sud-Africains blancs. De l’avis du témoin, cela est dû au fait que la police est « corrompue » et « de mèche avec les criminels ». Selon M^{me} Kaplan, la police ne veut pas aider les Sud-Africains blancs qui sont agressés. La police croit que [TRADUCTION] « les Blancs méritent ce qui leur arrive, qu’il en était grandement temps ».

[11] M^{me} Kaplan a ensuite décrit le sort qu’a connu l’un de ses frères, Robert Kaplan. Pendant que le fils de ce dernier dormait dans la maison, quatre Sud-Africains noirs y ont fait irruption, voulant censément faire du mal à son enfant. Robert les a suppliés de ne pas s’en prendre à son fils et leur a dit qu’ils pouvaient plutôt faire de lui ce qu’ils voulaient. Il a alors été ligoté, torturé, poignardé à neuf reprises, tiré à trois reprises dans la poitrine, brûlé au fer chaud et [TRADUCTION] « laissé pour mort ». Robert a survécu à ce supplice, mais il a eu besoin d’une intervention chirurgicale à cœur ouvert et de soins intensifs de longue durée.

[12] Cet incident a été relaté en détail à la télévision, à la radio et dans les journaux. M^{me} Kaplan a dit croire qu’on s’en était pris à son frère parce qu’il était à la fois blanc et riche. La SPR [aux paragraphes 56 et 57*] a décrit en ces termes la façon dont M^{me} Kaplan a relaté cet incident :

Au cours de son témoignage, le témoin a éclaté en sanglots. C’était prévisible. Ce à quoi je ne m’attendais pas, c’était de voir le conseil du demandeur d’asile, [Russell Kaplan], pleurer aussi pendant qu’elle décrivait la torture qu’avait subie son frère.

Il s’est avéré que le conseil du demandeur d’asile, M. [Kaplan], est également le frère [du témoin] et de [Robert]. Il est également né en Afrique du Sud et a immigré au Canada

* Note de l’arrêtiste : À partir de ce point dans les motifs de la SPR, la numérotation des paragraphes dans la version française et anglaise ne concorde pas.

I gather from what I took out of the evidence that he left South Africa for the same reasons [as his sister]; namely, the reverse apartheid attitude which prevails in that country.

[13] The RPD then considered the documentary evidence presented, including the *Daily Sun* article [dated March 23, 2004] by Africa Ka Mahamba entitled “Taking from whites is not a crime in SA”, which reported that a leader of a Pretoria-based youth organization had condoned stealing from white people in the suburbs because “The whites have stolen from us since 6 April 1962” and “Taking from whites is not a crime because you repossess what belongs to you.”

[14] Ms. Kaplan also provided the RPD with accounts of incidents about other people who had experienced psychological and physical damage as a result of attacks by black South Africans.

[15] One incident involved a woman’s friend who, according to that woman, was shot to death for no reason “by scum-of-the-earth robbers” while waiting for his son to finish soccer training at a park. According to her, some black South African men were trying to rob a second woman of her cellular phone and, as they ran past, they shot the first woman’s male friend in the neck. The RPD [at paragraph 65] noted that Ms. Kaplan “has no doubt that he was shot simply because the victim was white and the black killers knew they would get away with it, scot free.” In the words of the RPD [at paragraph 66], Ms. Kaplan opined that, “in any other country, a mass genocide . . . on such a scale as is occurring against whites in South Africa would be considered genocide and crimes against humanity.”

[16] The RPD then considered Ms. Kaplan’s upbringing in a well-educated family. It noted [at paragraph 70]: “Little did [the Kaplan family] expect that when Nelson Mandela came into power, that the government policies would shift to the extent that African South Africans

il y a quelques années. Si je comprends bien la preuve, il a quitté l’Afrique du Sud pour les mêmes raisons que [sa sœur], soit l’espèce d’apartheid inversé qui sévit dans ce pays.

[13] La SPR a ensuite pris en considération la preuve documentaire présentée, dont l’article d’Africa Ka Mahamba publié dans le *Daily Sun* [en date du 23 mars 2004] sous le titre « Taking from whites is not a crime in SA », où il était dit qu’un dirigeant d’une organisation de jeunes basée à Pretoria ne voyait rien de mal à ce que les Blancs soient victimes de vols dans les banlieues parce que [TRADUCTION] « Les Blancs nous volent depuis le 6 avril 1962 » et que le fait de [TRADUCTION] « Voler les Blancs n’est pas un crime parce que vous reprenez ce qui vous appartient. »

[14] M^{me} Kaplan a également fourni à la SPR des comptes rendus d’incidents concernant d’autres personnes qui, agressées par des Sud-Africains noirs, avaient subi un préjudice psychologique et physique.

[15] Un de ces incidents a mis en cause l’ami d’une femme qui, selon celle-ci, a été abattu d’un coup de feu, sans raison aucune, [TRADUCTION] « par des rebuts du genre humain de voleurs » pendant qu’il attendait la fin de l’entraînement de soccer de son fils dans un parc. Selon cette femme, des hommes noirs sud-africains essayaient de voler le téléphone cellulaire d’une autre femme et, en passant devant eux en courant, ils ont abattu son ami d’une balle dans le cou. La SPR [au paragraphe 66] a fait remarquer que M^{me} Kaplan « n’a aucun doute que la victime a été abattue uniquement parce qu’elle était blanche et que les tueurs noirs savaient qu’ils s’en tireraient sans avoir à subir de conséquences ». Comme l’a indiqué la SPR [au paragraphe 67], M^{me} Kaplan a exprimé l’avis suivant : « dans n’importe quel autre pays, un génocide de masse [...] à la même échelle que ce qui se produit contre les Blancs en Afrique du Sud serait considéré comme un génocide et un crime contre l’humanité ».

[16] La SPR a ensuite pris en considération le fait que M^{me} Kaplan avait été élevée dans une famille instruite. Comme la SPR l’a fait remarquer [au paragraphe 71] : « Ils [la famille Kaplan] ne pouvaient pas se douter que, après l’arrivée au pouvoir de Nelson Mandela, les

were to become the masters and the white South Africans the servants, with all of its intended consequences.”

[17] The RPD stated in its decision [at paragraph 71] that the “witness’ evidence was the lifeline for the claimant’s claim”, and that she brought to the hearing a “vivid and detailed account” of what is occurring in South Africa with regard to white South Africans, as well as the indifference of the mainly black South African police force and its failure to protect them.

[18] The RPD then considered the respondent’s personal circumstances and noted that he had not sought refugee protection at the first opportunity. The RPD accepted that, on his first trip to Canada, the respondent did not seek refugee status because he was not aware of the refugee system. Furthermore, on his second trip to Canada, the respondent did not claim refugee status because he erroneously believed he was precluded from doing so because he does not speak French.

[19] The RPD noted that the respondent had tried to join the Canadian Armed Forces to avoid returning to South Africa. The RPD [at paragraph 78] also noted that “[h]e met his wife to be and fell in love with her. He married her believing that he could use her to help him get permanent status in Canada. He was to find out later that ‘she was not a nice woman.’” Consequently, he separated from her in or around December 2008.

[20] Although the RPD observed that a delay in making a refugee claim may affect the credibility of the claim, it found that, upon the expiration of the respondent’s work visa, he made attempts to solidify his stay in Canada by attempting to join the Armed Forces and by marrying a Canadian citizen. Accordingly, the RPD [at paragraph 86] determined that the respondent’s “subjective fear of persecution remained constant and consistent up to and including the time he made his refugee claim.”

politiques du gouvernement changeraient au point où les Sud-Africains noirs deviendraient les maîtres et les Sud-Africains blancs les serviteurs, avec toutes les conséquences qui s’ensuivent. »

[17] Dans sa décision, la SPR a déclaré [au paragraphe 72] que « [l]e témoignage du témoin est venu sauver la demande d’asile du demandeur d’asile » et que le témoin a amené à l’audience un « récit poignant et détaillé » sur ce qui se passe en Afrique du Sud à l’égard des Sud-Africains blancs, ainsi que sur l’indifférence d’une force policière principalement noire à protéger les Blancs.

[18] La SRP a ensuite examiné la situation personnelle du défendeur et a fait remarquer que ce dernier n’avait pas demandé l’asile dès la première occasion venue. Elle a admis que, lors de son premier voyage au Canada, le défendeur n’avait pas demandé l’asile parce qu’il n’était pas au courant du système de protection des réfugiés. En outre, lors de son second voyage au Canada, le défendeur n’a pas demandé l’asile parce qu’il croyait à tort que, comme il ne parlait pas le français, celui-ci lui était interdit.

[19] La SPR a fait remarquer que le défendeur a tenté de s’enrôler dans les Forces armées canadiennes pour éviter de retourner en Afrique du Sud. Elle a également signalé [au paragraphe 79] qu’il « a rencontré sa femme et est tombé amoureux d’elle. Il l’a épousée en croyant qu’elle pourrait l’aider à obtenir la résidence permanente au Canada. Il a plus tard découvert qu’elle [TRADUCTION] “n’était pas gentille”. » Il s’est donc séparé d’elle vers le mois de décembre 2008.

[20] La SPR a signalé que le fait de tarder à demander l’asile peut avoir une incidence sur la crédibilité de la demande, mais elle a convenu que, quand son visa de travail a expiré, le défendeur s’est efforcé de consolider son séjour au Canada en tentant de se joindre aux Forces armées et en épousant une citoyenne canadienne. Elle a donc conclu [au paragraphe 87] que « la crainte subjective du demandeur d’asile d’être persécuté est demeurée constante tant avant qu’il présente sa demande d’asile qu’au long du processus d’examen de la demande d’asile ».

[21] The RPD then considered country conditions in South Africa. It noted reports of serious human rights problems, including use of excessive force by the police, vigilante and mob violence and violence resulting from social, racial and ethnic tensions. The RPD noted the killings and violent crimes against white farmers and their families, which continue in rural areas.

[22] The RPD then considered some of the “reports” contained in the respondent’s index of documents, including such articles as M. Riordan-Bull Kleinmond’s “Attacks have shown most of ANC to be racists”, *Cape Argus* (31 May 2008) and David Bullard’s “Loss of freedom creeps up on us like a face of wrinkles”, *Sunday Times* (21 October 2007).

[23] The RPD went on to consider in more detail the murder of almost 2 000 white farmers in South Africa, many of whom had also been brutally tortured. The RPD [at paragraph 114] noted that “[s]ome victims have been burned with smoothing irons or had boiling water poured down their throats” and that “[t]his type of torture is consistent with the torture received by the witness’ brother [Robert].” Pictorial evidence of some of these murders was included in the evidence before the RPD.

[24] The RPD found the following facts were proven on the evidence before it:

- a. That the respondent was attacked by black South Africans on “at least six or seven occasions because of his white skin” [at paragraph 118];
- b. That the respondent “has scars on various parts of his body” [at paragraph 119];
- c. That Ms. Kaplan was attacked and threatened with guns by black South Africans “on two separate

[21] La SPR a ensuite examiné la situation en Afrique du Sud. Elle a fait état de comptes rendus de graves problèmes sur le plan des droits de la personne, dont l’utilisation d’une force excessive par la police, des actes de violence dus à des groupes de justiciers et d’émeutiers, ainsi que des actes de violence imputables à des tensions sociales, raciales et ethniques. La SPR a fait mention d’assassinats et de crimes violents dont avaient été victimes des fermiers blancs et leurs familles, et qui se poursuivent dans les régions rurales.

[22] La SPR a ensuite pris en considération un certain nombre des [TRADUCTION] « comptes rendus » contenus dans l’index des documents du défendeur, dont des articles tels que celui de M. Riordan-Bull Kleinmond, intitulé « Attacks have shown most of ANC to be racists », publié dans le *Cape Argus* (31 mai 2008), et celui de David Bullard, intitulé « Loss of freedom creeps up on us like a face of wrinkles », paru dans le *Sunday Times* (21 octobre 2007).

[23] La SPR a ensuite examiné plus en détail l’assassinat de près de 2 000 fermiers blancs en Afrique du Sud, dont un grand nombre avaient aussi été brutalement torturés. Elle a fait remarquer [au paragraphe 115] que « [c]ertaines victimes ont été brûlées avec des fers lisseurs ou se sont fait verser de l’eau bouillante dans la gorge » et que « [c]e type de torture ressemble à celle qu’a subie le frère du témoin, [Robert]. » Des photographies de certains de ces assassinats ont été incluses dans la preuve soumise à la SPR.

[24] La SPR a conclu que les faits suivants étaient prouvés, au vu de la preuve qui lui a été soumise :

- a. que le défendeur a été agressé par des Sud-Africains noirs « à six ou sept reprises au moins en raison de sa peau blanche » [au paragraphe 119];
- b. que le défendeur « a des cicatrices à diverses parties du corps » [au paragraphe 120];
- c. que M^{me} Kaplan a été agressée et menacée à la pointe d’une arme à feu par des Sud-Africains noirs

occasions because of the colour of her skin and perceived wealth” [at paragraph 120];

d. That Ms. Kaplan’s brother Robert, “who was tortured and shot by African South Africans and miraculously lived, now has major physical and psychological problems” [at paragraph 121];

e. That Ms. Kaplan’s brother Robert and her father “survived only because of their wealth, being able to install electronic and guard protection for themselves both inside and outside their homes” [at paragraph 122].

[25] The RPD [at paragraph 123] also found that the evidence before it demonstrated the “indifference and inability or unwillingness of the government and the security forces to protect White South Africans from persecution by African South Africans.” The RPD [at paragraph 124] determined that the respondent had presented “clear and convincing proof” of the state’s inability or unwillingness to protect him.” Furthermore, the RPD [at paragraph 125] held that “the claimant was a victim because of his race (white South African) rather than a victim of criminality and that he has established a link between his fear of persecution and one of the five grounds in the Convention definition.”

[26] Moreover, the RPD determined that no viable internal flight alternative (IFA) existed for the respondent in any part of South Africa. It relied on the *Europa World Year Book 2008* in finding that black South Africans make up about 80 percent of the population, while white Europeans make up 9 percent of the population. Accordingly, the RPD [at paragraph 127] found that the claimant would “stand out like a ‘sore thumb’ due to his colour in any part of the country.”

[27] The RPD determined that the respondent’s fear of persecution by black South Africans was justified based on the objective evidence before it. Having considered the evidence and submissions of counsel, the RPD determined that the respondent had satisfied his burden of

« à deux occasions distinctes en raison de la couleur de sa peau et de ce qui est perçu comme sa richesse » [au paragraphe 121];

d. que le frère de M^{me} Kaplan, Robert, « qui a été torturé par des Sud-Africains noirs, sur qui ces derniers ont tiré et qui a miraculeusement survécu, éprouve maintenant des problèmes physiques et psychologiques graves » [au paragraphe 122];

e. que le frère de M^{me} Kaplan, Robert, ainsi que son père « ont survécu seulement en raison de leur richesse, puisqu’ils ont été en mesure d’installer des dispositifs de surveillance et de protection tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de leur maison » [au paragraphe 123].

[25] La SPR [au paragraphe 124] a également conclu que les éléments de preuve qui lui ont été soumis « brossent un tableau d’indifférence et d’incapacité ou témoignent d’un manque de volonté de la part du gouvernement et des forces de sécurité à protéger les Sud-Africains blancs contre la persécution infligée par les Sud-Africains noirs ». Elle a conclu [au paragraphe 125] que le défendeur avait présenté une « preuve “claire et convaincante” de l’incapacité ou du manque de volonté de l’État de le protéger ». De plus [au paragraphe 126], « le demandeur d’asile a été victime de sa race (Sud-Africain blanc) plutôt que de la criminalité et [...] il a établi un lien entre sa crainte d’être persécuté et l’un des cinq motifs énoncés à la définition de la Convention ».

[26] Par ailleurs, la SPR a conclu que le défendeur ne bénéficiait d’aucune possibilité de refuge intérieur (PRI) viable à quelque endroit que ce soit en Afrique du Sud. Elle s’est fondée sur l’*Europa World Year Book 2008* pour conclure que les Sud-Africains noirs forment environ 80 p. 100 de la population, contre 9 p. 100 pour les Européens blancs. Elle a donc conclu [au paragraphe 128] que « le demandeur d’asile “détonnerait” n’importe où dans le pays en raison de sa couleur ».

[27] La SPR a estimé qu’au vu de la preuve objective qu’on lui avait soumise, le défendeur craignait avec raison d’être persécuté par les Sud-Africains noirs. Après avoir pris en considération les éléments de preuve et les observations des avocats, la SPR a conclu que le défendeur

establishing a serious possibility of persecution on the Convention ground of race.

s'était acquitté du fardeau d'établir l'existence d'une possibilité sérieuse de persécution pour l'un des motifs prévus dans la Convention, c'est-à-dire la race.

ISSUES

LES QUESTIONS EN LITIGE

[28] The issues on this application can be summarized as follows:

[28] Il est possible de résumer comme suit les questions qui sont en litige dans la présente demande :

1. Whether the RPD erred in finding that the respondent had sufficiently rebutted the presumption of state protection;
2. Whether the RPD erred in its assessment of the evidence;
3. Whether the violence and criminality experienced by the respondent constitutes persecution;
4. Whether the RPD erred in its assessment of the respondent's lack of subjective fear of persecution;
5. Whether the Minister's application for judicial review constitutes an abuse of process and breaches the respondent's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter).

1. si la SPR a commis une erreur en concluant que le défendeur avait réfuté d'une manière suffisante la présomption d'une protection de l'État;
2. si la SPR a commis une erreur dans son évaluation de la preuve;
3. si la violence et la criminalité dont le défendeur a été victime constituent de la persécution;
4. si la SPR a commis une erreur dans son évaluation du manque de crainte subjective du défendeur d'être persécuté;
5. si la demande de contrôle judiciaire du ministre constitue un abus de procédure et viole les droits que confère au défendeur 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).

STATUTORY PROVISIONS

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[29] The following provisions of the Act are applicable in these proceedings:

[29] Les dispositions suivantes de la Loi s'appliquent en l'espèce :

Application
for judicial
review

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

Demande
d'autorisation

Application

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :

Application

...

[...]

(d) a judge of the Court shall dispose of the application without delay and in a summary way and, unless a judge of the Court directs otherwise, without personal appearance; ...

d) il est statué sur la demande à bref délai et selon la procédure sommaire et, sauf autorisation d'un juge de la Cour, sans comparution en personne;

...

[...]

Convention
refugee

96. A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

96. A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

Définition
de
« réfugié »

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

[30] The following provisions of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 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)] are applicable in these proceedings:

[30] Les dispositions suivantes 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), 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)] s'appliquent en l'espèce :

Extraordi-
nary
remedies,
federal
tribunals

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

Recours
extraor-
dinaires :
offices
fédéraux

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

Extraordi-
nary
remedies,
members of
Canadian
Forces

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad*

Recours
extraor-
dinaires :
Forces
canadiennes

	<i>mandamus</i> in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.	<i>subjiciendum</i> , de <i>certiorari</i> , de prohibition ou de <i>mandamus</i> .	
Remedies to be obtained on application	(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.	(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.	Exercice des recours
Application for judicial review	18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.	18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.	Demande de contrôle judiciaire
Time limitation	(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.	(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.	Délai de présentation
Powers of Federal Court	(3) On an application for judicial review, the Federal Court may (a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or (b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.	(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut : a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable; b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.	Pouvoirs de la Cour fédérale
Grounds of review	(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal (a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction; (b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe; (c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;	(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas : a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer; b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter; c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;	Motifs

(d) 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;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

Defect in form or technical irregularity

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

[31] The following provision of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81(1) (as am. by SOR/2009-331, s. 2)] is also applicable in these proceedings:

Content of affidavits

81. (1) Affidavits shall be confined to facts within the deponent's personal knowledge except on motions, other than motions for summary judgment or summary trial, in which statements as to the deponent's belief, with the grounds for it, may be included.

[32] The following provision of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1, r. 12 (as am. by SOR/2002-232, s. 15)] is also applicable in these proceedings:

12. (1) Affidavits filed in connection with an application for leave shall be confined to such evidence as the deponent could give if testifying as a witness before the Court.

(2) Unless a judge for special reasons so orders, no cross-examination of a deponent on an affidavit filed in

d) 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;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

Vice de forme

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

[31] La disposition suivante des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81(1) (mod. par DORS/2009-331, art. 2)], s'applique aussi en l'espèce :

Contenu

81. (1) Les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête — autre qu'une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire — auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l'appui.

[32] Les dispositions suivantes des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1, règle 12 (mod. par DORS/2002-232, art. 15)] s'appliquent également :

12. (1) Tout affidavit déposé à l'occasion de la demande d'autorisation est limité au témoignage que son auteur pourrait donner s'il comparait comme témoin devant la Cour.

(2) Sauf ordonnance contraire rendue par un juge pour des raisons spéciales, le contre-interrogatoire de l'auteur de

connection with an application is permitted before leave to commence an application for judicial review is granted.

[33] The following provision of the Charter is also applicable in these proceedings:

Life, liberty
and security
of person

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.

l'affidavit déposé à l'occasion de la demande n'est pas permis avant que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie.

[33] La disposition suivante de la Charte s'applique elle aussi :

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.

Vie, liberté et
sécurité

STANDARD OF REVIEW

[34] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to the particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis. In the case at hand, the appropriate standard of review for each issue has been addressed by judicial precedent.

[35] A standard of reasonableness is appropriate when determining whether the RPD erred in finding that the respondent had sufficiently rebutted the presumption of state protection. See *Song v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 467, at paragraph 6.

[36] The RPD's assessment of the evidence and its factual findings are owed considerable deference and are reviewable on a standard of reasonableness. See *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, at paragraph 11; and *Dunsmuir*, above, at paragraph 51.

[37] Reasonableness is also the appropriate standard of review when determining whether the RPD erred in its assessment of the respondent's subjective fear. See

LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[34] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada décrète qu'il n'est pas nécessaire de procéder dans tous les cas à une analyse de la norme de contrôle applicable. Au contraire, lorsque la jurisprudence établit clairement quelle est la norme de contrôle applicable à la question particulière qui lui est soumise, la cour de révision peut l'adopter. Ce n'est que dans les cas où cette recherche est infructueuse que la cour de révision doit analyser les quatre facteurs constituant l'analyse de la norme de contrôle applicable. En l'espèce, la jurisprudence traite de la norme de contrôle qui s'applique à chacune des questions en litige.

[35] Pour déterminer si la SPR a commis une erreur en concluant que le défendeur a réfuté d'une manière suffisante la présomption d'une protection de l'État, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Voir *Song c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 467, au paragraphe 6.

[36] L'évaluation que fait la SPR de la preuve, ainsi que ses conclusions de fait, appellent une déférence considérable et sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Voir *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358, au paragraphe 11; de même *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 51.

[37] La décision raisonnable est également la norme de contrôle qui s'applique pour décider si la SPR a commis une erreur dans son évaluation de la crainte

Mendoza Cornejo v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 261, at paragraph 17.

[38] The RPD’s determination of whether the violence and criminality experienced by the respondent constitutes persecution is an issue of mixed fact and law. Accordingly, it will be reviewed on a standard of reasonableness. See *Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 450, at paragraph 15.

[39] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis is concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. Put another way, the Court should intervene only if the decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.”

[40] As regards the respondent’s allegation that this application for judicial review constitutes an abuse of process and a breach of the respondent’s Charter rights, the appropriate standard of review is one of correctness. See, for example, *Blake v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 572, [2009] 1 F.C.R. 179; and *Smith v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2010 FC 321, 363 F.T.R. 186.

ARGUMENTS

The Applicant

Preliminary issues

Affidavits

[41] The applicant submits that the two affidavits sworn in support of the respondent’s position should be struck since they address matters that are not within the knowledge of the affiants and/or are irrelevant.

subjective du défendeur. Voir *Mendoza Cornejo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 261, au paragraphe 17.

[38] La décision de la SPR à propos de la question de savoir si la violence et la criminalité dont le défendeur a été victime constituent de la persécution est une question mixte de faits et de droit, et elle sera donc contrôlée d’après la norme de la décision raisonnable. Voir *Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 450, au paragraphe 15.

[39] Pour contrôler une décision en fonction de la norme de la décision raisonnable (ou raisonnabilité), l’analyse doit avoir trait « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47. Autrement dit, la Cour ne doit intervenir que si la décision est déraisonnable, en ce sens que cette dernière se situe en dehors du cadre des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

[40] Pour ce qui est de l’allégation du défendeur selon laquelle la présente demande de contrôle judiciaire constitue un abus de procédure et une violation des droits que lui confère la Charte, la norme de contrôle applicable est la décision correcte. Voir, par exemple, *Blake c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 572, [2009] 1 R.C.F. 179; et *Smith c. Canada (Chef d’état-major de la Défense)*, 2010 CF 321.

LES ARGUMENTS INVOQUÉS

Le demandeur

Les questions préliminaires

Les affidavits

[41] Le demandeur soutient qu’il convient de radier les deux affidavits déposés à l’appui de la position du défendeur car ils traitent de questions dont leurs auteurs n’ont pas connaissance ou ne sont pas pertinents.

[42] The applicant contends that the affidavit of Ms. Stefanie Gude is irrelevant. This affidavit refers to various reactions to the RPD's decision that occurred after the decision was made and that do not affect the errors made by the RPD. Moreover, the affiant expresses opinions and makes assertions that are not within her knowledge. This is contrary to rule 81 of the *Federal Courts Rules* and subrule 12(1) of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*.

[43] Similarly, the affidavit of Ms. Amina Sherazee is irrelevant and argumentative; it is simply based on her opinions and fails to show that she has any personal knowledge of the matters to which she deposes. The applicant submits that Ms. Sherazee speculates about the Minister's motives for applying for leave and judicial review of the RPD's decision. However, there is no evidence that she has been privy to any discussions that may have led the Minister to seek leave and review. As such, she has no personal knowledge of this matter. Further, Ms. Sherazee's affidavit attempts to draw legal conclusions and casts aspersions on the Court.

[44] The Court determined in *Ly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1184 (*Ly*), at paragraph 10 that:

Except on motions, affidavits shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent: Rule 81(1), *Federal Court Rules, 1998*. The affidavit must be free from argumentative materials and the deponent must not interpret evidence previously considered by a tribunal or draw legal conclusions. . . . If an affidavit does not meet these requirements, the application can only succeed if an error is apparent on the face of the record. . . . [Citations omitted.]

[45] The applicant says that the affidavits put forward by the respondent do not meet the requirements for affidavits as set out by the Court in *Ly*, above. As such, the applicant submits that they should be either struck from the record or completely ignored.

[42] Selon le demandeur, l'affidavit de M^{me} Stefanie Gude n'est pas pertinent. Ce document fait référence à diverses réactions à la décision de la SPR, qui sont survenues après que cette dernière a été rendue et qui n'ont pas d'incidence sur les erreurs que la SPR a commises. En outre, la déclarante exprime des opinions et formule des affirmations dont elle n'a pas connaissance, ce qui est contraire à la règle 81 des *Règles des Cours fédérales* et au paragraphe 12(1) des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*.

[43] Dans le même ordre d'idées, l'affidavit de M^e Amina Sherazee est peu pertinent et argumentatif; il repose simplement sur ses opinions et ne montre pas qu'elle a une connaissance personnelle quelconque des sujets dont elle traite. Le demandeur est d'avis que M^e Sherazee émet des hypothèses quant aux raisons pour lesquelles le ministre présente une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire au sujet de la décision de la SPR. Cependant, il n'y a aucune preuve qu'elle a eu connaissance de discussions qui auraient pu amener le ministre à présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Dans ce contexte, elle n'a aucune connaissance personnelle de la présente affaire. Par ailleurs, dans son affidavit, M^e Sherazee tente de tirer des conclusions juridiques et critique la Cour.

[44] Dans la décision *Ly c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1184 (*Ly*), au paragraphe 10, la Cour conclut comme suit :

À l'exception des requêtes, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle : paragraphe 81(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. L'affidavit ne doit pas contenir d'arguments et le déclarant ne doit pas interpréter la preuve qui a déjà été examinée par un tribunal ou tirer des conclusions juridiques [...] Lorsqu'un affidavit ne satisfait pas à ces exigences, la demande peut uniquement être accueillie si une erreur est manifeste au vu du dossier [...] [Références omises.]

[45] Le demandeur déclare que les affidavits que le défendeur a produits ne satisfont pas aux exigences énoncées par la Cour dans la décision *Ly*, précitée. Il soutient donc qu'il faudrait soit les rayer du dossier, soit en faire tout à fait abstraction.

No abuse of process

[46] There is no merit to the respondent's contention that the Minister's application for judicial review constitutes an abuse of process. The respondent is attempting to argue that the Minister should be precluded from seeking judicial review of a decision that the Minister considers unreasonable and flawed. Furthermore, the respondent alleges that the Court should be deprived of jurisdiction to hear the application. This ignores the independence of the Court, as well as its ability to make its own decisions.

[47] The respondent's allegation that the Minister's application for judicial review is the result of political pressure is unfounded. It is open to the South African government to protest a finding that it is presiding over the genocide of white South Africans or that all black South African citizens want white citizens eradicated. The Minister's decision to seek leave and judicial review, however, is based on the legal and factual errors in the RPD's decision.

[48] Because the Minister's application discloses serious issues, the rule of law dictates that the Minister—like all litigants before the Court—be given a chance to be heard. Apart from his baseless speculation, the respondent has not shown that there has been any abuse of process or that the Minister's application lacks merit and should not be entertained by this Court.

Errors in the decision

[49] The applicant submits that the RPD erred by:

- a. Finding that the respondent had rebutted the presumption of state protection;
- b. Ignoring evidence that was crucial to the determination at hand;

L'absence d'abus de procédure

[46] L'argument du défendeur selon lequel la demande de contrôle judiciaire du ministre constitue un abus de procédure est dénué de tout fondement. Le défendeur tente de faire valoir qu'il faudrait empêcher le ministre de soumettre à un contrôle judiciaire une décision qu'il juge déraisonnable et viciée. De plus, le défendeur allègue que la Cour n'est pas compétente pour entendre la demande. Cette allégation ne tient pas compte de l'indépendance de la Cour, ni de sa capacité de rendre ses propres décisions.

[47] L'allégation du défendeur selon laquelle la demande de contrôle judiciaire du ministre est le résultat de pressions politiques est sans fondement. Il est loisible au gouvernement sud-africain de protester contre une conclusion selon laquelle il préside au génocide des Sud-Africains blancs ou que tous les Sud-Africains noirs veulent l'éradication des citoyens blancs. La décision qu'a prise le ministre d'introduire une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire repose toutefois sur les erreurs de droit et de fait commises dans la décision de la SPR.

[48] Comme la demande du ministre fait ressortir de sérieuses questions, le principe de la primauté du droit exige que le ministre — à l'instar de toutes les parties comparissant devant la Cour — ait la chance de se faire entendre. Hormis les conjectures non fondées qu'il a formulées, le défendeur n'a pas montré qu'il y a eu un abus de procédure quelconque, pas plus que la demande du ministre est dénuée de fondement et que la Cour ne devrait pas l'entendre.

Les erreurs commises dans la décision

[49] Le demandeur soutient que la SPR a commis une erreur en :

- a. concluant que le défendeur a réfuté la présomption d'une protection de l'État;
- b. faisant abstraction d'éléments de preuve qui revêtaient une importance cruciale pour la décision à rendre;

c. Equating random acts of violence and criminality with persecution due to the respondent's race;

d. Failing to assess properly the respondent's subjective fear in light of his delay in making a claim for refugee status.

State protection

[50] The onus was on the respondent in this instance to provide clear and convincing evidence that the Government of South Africa is unable or unwilling to protect him. However, in the RPD's reasons, there is no reference to, or consideration of, the respondent's burden in this regard.

[51] The respondent admits that he never reported any of the alleged attacks to the authorities. While the RPD acknowledged that the respondent did not seek state protection, it failed to consider properly the impact of the respondent's failure to seek protection on his onus to rebut the presumption of state protection.

[52] Moreover, the respondent's claim that he did not report any of the alleged attacks because in other instances such reports "got lost in the system" is unsupported by evidence. The applicant submits that the RPD erred in simply accepting that the majority of police in South Africa are black and are not interested in protecting whites. Indeed, this finding is flawed for a number of reasons.

[53] First, the two initial attacks faced by the respondent occurred in 1991 and 1992 when apartheid was still occurring in South Africa. As such, the police and other security services were controlled by the apartheid state whose main goal was to protect the privileged position of the white minority and suppress the black majority of the population. There was no evidence before the RPD on which it could reasonably conclude that the police powers in South Africa at this time would not have been interested in protecting a white person who had allegedly

c. assimilant des actes aléatoires de violence et de criminalité à de la persécution imputable à la race du défendeur;

d. omettant d'évaluer convenablement la crainte subjective du défendeur à cause du temps mis par ce dernier pour présenter une demande d'asile.

La protection de l'État

[50] En l'espèce, il incombait au défendeur de prouver de manière claire et convaincante que le gouvernement sud-africain n'a pas la capacité ou la volonté de le protéger. Cependant, dans les motifs de la SPR, aucune mention ou aucun examen ne sont faits du fardeau du défendeur à cet égard.

[51] Le défendeur admet n'avoir jamais signalé les agressions dont il aurait été victime aux autorités. La SPR a reconnu que le défendeur n'a pas sollicité la protection de l'État, mais elle a omis d'examiner convenablement l'incidence de ce fait sur le fardeau qui incombe au défendeur de réfuter la présomption d'une protection de l'État.

[52] En outre, la preuve n'étaye pas l'argument du défendeur selon lequel il n'a signalé aucune des agressions dont il aurait été victime parce que, dans d'autres cas, de telles plaintes « se sont perdues dans le système ». Au dire du demandeur, la SPR a commis une erreur en admettant simplement qu'en Afrique du Sud la majorité des policiers sont noirs et ne sont pas intéressés à protéger les Blancs. En effet, cette conclusion est viciée pour un certain nombre de raisons.

[53] Premièrement, les deux premières agressions dont le défendeur a été victime sont survenues en 1991 et en 1992, à l'époque où l'apartheid sévissait encore en Afrique du Sud. Dans ce contexte, la police et les autres services de sécurité étaient régis par l'apartheid, dont l'objectif premier était de protéger la situation privilégiée de la minorité blanche et de réprimer la majorité noire de la population. Aucune preuve n'a été soumise à la SPR qui lui aurait permis de conclure raisonnablement que, dans ce pays, à cette époque-ci, les autorités

been assaulted by black people. Consequently, the respondent's failure to report the first attacks on him in 1991 and 1992 should have been considered by the RPD in its analysis of state protection.

[54] Moreover, the respondent's contention that the South African police are not interested in protecting whites does not withstand scrutiny, since the respondent stated that his family had reported a robbery in 2005. According to the respondent's testimony, the police both responded to and investigated this complaint. The failure to lay charges is not evidence of a lack of state protection. As noted in *Zhuravljev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 3 (T.D.), "All policing activity is bound to encounter failures, particularly in a democratic state. Even in Canada, random acts of vandalism or violence seldom yield convictions" (paragraph 19).

[55] The complaint of the respondent's own family to the police and the ensuing investigation undermine the respondent's claim—and the RPD's finding—that the South African police are not concerned with the protection of white South Africans. Despite the fact that the police were responsive when his family sought police protection, the respondent failed to report any of the attacks he faced. The applicant submits that this failure is inconsistent with the respondent's onus as set out in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689.

[56] Furthermore, the RPD's decision seems to suggest that if a claimant is not the same ethnicity as the members of the law enforcement service then the duty to seek state protection is relaxed or lessened, even where no credible evidence of the state's inability or unwillingness to protect has been shown. According to the applicant, this view is unsupported by international law or Canadian jurisprudence; it rests largely on the Board's flawed assessment of the country conditions.

policieuses n'auraient pas été intéressées à protéger un Blanc qui avait été censément agressé par des Noirs. Le fait que le défendeur n'avait pas signalé les premières agressions dont il avait été victime en 1991 et en 1992 aurait donc dû être pris en compte par la SPR dans son analyse de la protection de l'État.

[54] Par ailleurs, l'argument du défendeur selon lequel la police sud-africaine n'est pas intéressée à protéger les Blancs ne résiste pas à un examen, car le défendeur a déclaré que sa famille avait signalé un vol qualifié en 2005. Selon le témoignage du défendeur, la police a répondu à cette plainte et a aussi fait enquête sur elle. Le fait de ne pas déposer d'accusations n'est pas une preuve d'un manque de protection de la part de l'État. Comme il est dit dans la décision *Zhuravljev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.) : « Toute activité policière est sujette à l'échec, en particulier dans un État démocratique. Même au Canada, les actes de vandalisme ou de violence commis au hasard entraînent rarement des déclarations de culpabilité » (paragraphe 19).

[55] La plainte que la propre famille du défendeur a déposée auprès de la police, de même que l'enquête qui a suivi, minent la prétention du défendeur — ainsi que la conclusion de la SPR — à savoir que la police sud-africaine ne se soucie pas de la protection des Sud-Africains blancs. Même si la police était intervenue quand sa famille avait sollicité sa protection, le défendeur a omis de signaler les agressions dont il avait été victime. Le demandeur soutient que ce défaut ne cadre pas avec le fardeau du défendeur, qui est énoncé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

[56] En outre, la décision de la SPR semble suggérer que, lorsqu'un demandeur d'asile n'est pas de la même ethnie que les membres du service de police, il s'ensuit que l'obligation de solliciter la protection de l'État est assouplie ou amoindrie, même dans les cas où aucune preuve digne de foi de l'incapacité ou du manque de volonté de cet État d'assurer une protection n'a été démontrée. Selon le demandeur, ce point de vue n'est pas étayé par le droit international ou la jurisprudence canadienne, et il repose en grande partie sur l'évaluation lacunaire que la SPR a faite de la situation dans le pays.

Assessment of evidence was unreasonable

[57] The RPD noted in its decision [at paragraph 71] that the respondent's claim was enhanced and supported by the oral testimony of a witness whose evidence was "the lifeline for the claimant's claim." It can be inferred that the RPD found Ms. Kaplan to be credible and accepted her evidence as true. Within her testimony, Ms. Kaplan made many assertions which the RPD must be taken to have accepted. These assertions include the following:

- a. That the South African police, who are mainly black, are "corrupt" and "in cahoots with the criminals" who attack whites;
- b. That black South Africans have a hatred and a vendetta against the white South Africans due to the injustices of the apartheid regime and that all whites feel this hatred;
- c. That all blacks in South Africa hold all whites equally responsible for apartheid and want whites eradicated and stomped on like ants;
- d. That a mass genocide of white South Africans by the black majority is occurring in South Africa.

The applicant submits that the RPD's acceptance of these assertions, which have no objective evidentiary foundation, epitomizes the unreasonableness of the decision.

No evidence supporting witness's opinions

[58] No evidence exists to support Ms. Kaplan's statements with regard to the general attitude of black South Africans towards white South Africans. The RPD failed to critically analyse the witness's statements. As such, the RPD seems to have taken the witness's statements as reflective of the feelings and beliefs of all black South Africans.

L'évaluation de la preuve était déraisonnable

[57] Dans sa décision, la SPR a souligné [au paragraphe 72] que la demande d'asile du défendeur a été rehaussée et étayée par le témoignage de vive voix d'un témoin qui « est venu sauver la demande d'asile du demandeur d'asile ». On peut inférer que la SPR a conclu que M^{me} Kaplan était digne de foi et a considéré que son témoignage était véridique. Dans ce dernier, M^{me} Kaplan a fait de nombreuses affirmations qu'il faut considérer comme admises par la SPR. Ces affirmations comprennent les suivantes :

- a. que la police sud-africaine, composée principalement de Noirs, est « corrompue » et « de mèche avec les criminels » qui s'en prennent aux Blancs;
- b. que les Sud-Africains noirs éprouvent de la haine et un sentiment de vengeance à l'égard des Sud-Africains blancs à cause des injustices du régime d'apartheid, et tous les Blancs ressentent cette haine;
- c. que tous les Noirs en Afrique du Sud tiennent tous les Blancs également responsables de l'apartheid et veulent que ces derniers soient éradiqués et écrasés comme des fourmis;
- d. que l'Afrique du Sud est aux prises avec un génocide massif de Sud-Africains blancs par la majorité noire.

D'après le demandeur, le fait que la SPR a admis ces affirmations, lesquelles n'ont aucun fondement de preuve objectif, illustre bien le caractère déraisonnable de la décision.

Pas de preuve à l'appui des opinions du témoin

[58] Il n'existe pas de preuve à l'appui des déclarations de M^{me} Kaplan sur l'attitude générale des Sud-Africains noirs à l'endroit de leurs compatriotes blancs. La SPR a omis d'analyser de manière critique les déclarations du témoin. Dans ce contexte, la SPR semble avoir considéré que les déclarations du témoin reflétaient les sentiments et les croyances de tous les Sud-Africains noirs.

[59] The country condition evidence before the RPD fails to support Ms. Kaplan's statements. According to the Minister:

... in neither the country condition documents from credible and trustworthy sources such as Amnesty International, Human Rights Watch, US State Department nor the newspaper articles submitted on the Respondent's behalf is there any mention of a general animus among all blacks towards whites and a desire to have whites "eradicated and stomped on like ants". [Emphasis in original.]

[60] By characterizing Ms. Kaplan's evidence as the "lifeline" for the respondent's claim, the RPD gives the impression that it accepted the witness's unsubstantiated assertions and based its decision on those assertions. The applicant submits that this is both unreasonable and perverse.

No evidence of genocide

[61] The RPD erred further in failing to address Ms. Kaplan's assertion that the black majority in South Africa is perpetrating genocide against white South Africans. Because the witness's testimony was the "lifeline" for the respondent's claim, the RPD's failure to comment on this assertion must be taken as acceptance of the witness's evidence of an ongoing genocide against whites in South Africa.

[62] Had the RPD adequately consulted the documentary evidence, it would have realized that Ms. Kaplan's evidence was unsupported. Although the evidence shows the emigration of many white professionals from South Africa in recent years, it also shows considerable movement of foreign nationals (such as British citizens) to South Africa. Although some of these citizens may not be white, this trend nonetheless suggests that some white people have no difficulty moving to, or residing in, South Africa. The applicant submits that this evidence contradicts the witness's assertion of

[59] Les preuves sur la situation du pays qui ont été soumises à la SPR ne corroborent pas les déclarations de M^{me} Kaplan. Selon le ministre :

[TRADUCTION] Ni dans les documents relatifs à la situation du pays qui émanent de sources dignes de foi et de confiance comme Amnesty International, Human Rights Watch ou le département d'État des États-Unis, ni dans les articles de journaux présentés pour le compte du défendeur est-il fait mention d'une animosité générale de la part de tous les Noirs à l'égard des Blancs et du souhait que les Blancs soient « éradiqués et écrasés comme des fourmis ». [Souligné dans l'original.]

[60] En disant du témoignage de M^{me} Kaplan qu'il est « venu sauver » la demande d'asile du défendeur, la SPR donne l'impression d'avoir souscrit aux affirmations injustifiées du témoin et d'avoir fondé sa décision sur elles. Le demandeur soutient que cela est à la fois déraisonnable et arbitraire.

L'absence de preuve de génocide

[61] La SPR a en outre commis une erreur en omettant de traiter de l'affirmation de M^{me} Kaplan selon laquelle, en Afrique du Sud, la majorité noire se livre à un génocide contre les Sud-Africains blancs. Comme le témoignage de M^{me} Kaplan est « venu sauver » la demande d'asile du demandeur d'asile, le fait que la SPR n'ait rien dit sur cette affirmation doit être considéré comme une acceptation des déclarations du témoin sur un génocide dont les Blancs en Afrique du Sud sont actuellement victimes.

[62] Si la SPR avait consulté comme il le fallait la preuve documentaire, elle se serait rendu compte que le témoignage de M^{me} Kaplan n'était pas étayé. Même s'il ressort de la preuve que, ces dernières années, de nombreux membres de profession libérale blancs de l'Afrique du Sud ont émigré, cette preuve fait également état d'un vaste mouvement de ressortissants étrangers (comme des citoyens britanniques) vers l'Afrique du Sud. Certains de ces citoyens ne sont peut-être pas blancs, mais cette tendance dénote néanmoins qu'il y a des Blancs qui n'ont aucune difficulté à s'installer ou à résider dans ce pays.

genocide and demonstrates that the RPD's assessment of the conditions in South Africa was both incomplete and misleading.

Affirmative Action Policies

[63] The RPD also erred with regard to its appraisal of South Africa's affirmative action policy. While the RPD appears to believe that the affirmative action in favour of blacks and other racial groups constitutes state-sponsored persecution, this is clearly incorrect. Rather, the affirmative action policy seeks to ensure that black South Africans and minorities are adequately represented within the workforce.

[64] The RPD's failure to cite any evidence that suggests that South Africa's affirmative action policy reflects animosity towards white South Africans demonstrates the perversity of its findings. Moreover, the applicant submits that the RPD's focus on South Africa's affirmative action policy and its impact on whites is all the more unreasonable because there is no credible evidence that this respondent was ever prevented from advancing in his career due to his race.

Focus on White Farmers is Unreasonable

[65] In its decision, the RPD implies that the conditions of white farmers support Ms. Kaplan's allegations of a racially motivated genocide. This is not a reasonable implication; it is unreasonable to conclude that the plight of farmers demonstrates what will happen to the respondent upon returning to South Africa. The applicant characterizes the situation of farmers in South Africa as being "a consequence of [a] long history and specific circumstances", but these are distinguishable from the circumstances of the respondent.

Selon le demandeur, cette preuve contredit les dires du témoin sur l'existence d'un génocide et montre que l'évaluation qu'a faite la SPR de la situation en Afrique du Sud est à la fois incomplète et trompeuse.

La politique d'action positive

[63] La SPR a également commis une erreur dans son évaluation de la politique d'action positive de l'Afrique du Sud. Même si la SPR semble croire que les mesures positives prises en faveur des Noirs et d'autres groupes raciaux constituent de la persécution parrainée par l'État, cela est manifestement inexact. La politique d'action positive vise plutôt à garantir que les Sud-Africains noirs et les minorités sont convenablement représentés au sein de la population active.

[64] Le fait que la SPR n'ait cité aucune preuve dénotant que la politique d'action positive de l'Afrique du Sud reflète de l'animosité envers les Sud-Africains blancs témoigne du caractère arbitraire de ses conclusions. Le demandeur fait valoir de plus que l'accent mis par la SPR sur la politique d'action positive de l'Afrique du Sud et sur son incidence sur les Blancs est d'autant plus déraisonnable qu'il n'existe aucune preuve digne de foi que le défendeur a été empêché à un moment quelconque de progresser dans sa carrière du fait de sa race.

L'accent mis sur les fermiers blancs est déraisonnable

[65] Dans sa décision, la SPR sous-entend que la situation des fermiers blancs étaye les allégations de M^{me} Kaplan au sujet d'un génocide motivé par le racisme. Il ne s'agit pas là d'un point de vue raisonnable : il est déraisonnable de conclure que le triste sort des fermiers montre ce que subira le défendeur s'il retourne en Afrique du Sud. Le demandeur décrit la situation des fermiers de l'Afrique du Sud comme étant [TRADUCTION] « la conséquence d'une longue histoire et de circonstances précises », mais ces dernières sont à distinguer de celles du défendeur.

IFA finding is perverse

[66] The RPD's finding that the respondent cannot return to South Africa because he would "stand out like a 'sore thumb' due to his colour in any part of the country" is unreasonable and perverse. The evidence before the RPD demonstrated that white South Africans constitute approximately 10 percent of the country's total population and a far higher percentage in major cities and urban centres. The RPD's finding that the respondent will be unable to find refuge because of his skin colour cannot be reconciled with the population figures that were before it.

Selective use of objective documentary evidence

[67] The "objective" documentary evidence relied on by the RPD consisted of: (a) letters to newspapers; (b) the personal opinions of newspaper columnists and other individuals; and (c) reports on the conditions of white farmers. Notably absent from this evidence is objective documentary evidence from such sources as Amnesty International, Human Rights Watch, the U.S. Department of State and the British Home Office, which are commonly used in asylum cases.

[68] The evidence assessed by the RPD gives the impression that the African National Congress is indifferent towards the plight of the minority white population. The applicant contends that this is an incomplete assessment of country conditions since the black majority in South Africa is at least equally victimized by criminals. See, for example, "South Africa's crime crisis", *BBC News* (27 May 1999). It is clear that the RPD failed to examine the evidence before it with a balanced view.

La conclusion de l'existence d'une PRI est arbitraire

[66] La conclusion de la SPR selon laquelle le défendeur ne peut pas retourner en Afrique du Sud parce que « le demandeur d'asile "détonnerait" n'importe où dans le pays en raison de sa couleur » est déraisonnable et arbitraire. D'après la preuve soumise à la SPR, les Sud-Africains blancs constituent environ 10 p. 100 de la population totale du pays et leur pourcentage est nettement supérieur dans les grandes villes et les grands centres urbains. La conclusion de la SPR selon laquelle il serait impossible au défendeur de trouver un lieu de refuge à cause de la couleur de sa peau est inconciliable avec les chiffres de population qui lui ont été soumis.

L'utilisation sélective de la preuve documentaire objective

[67] La preuve documentaire « objective » sur laquelle la SPR s'est fondée se composait des documents suivants : a) des lettres adressées à des journaux, b) les opinions personnelles de chroniqueurs et d'autres particuliers, et c) des comptes rendus sur la situation des fermiers blancs. Ces documents manquent manifestement de preuves documentaires objectives, issues de sources telles qu'Amnesty International, Human Rights Watch, le département d'État des États-Unis et le Home Office de la Grande-Bretagne, des sources que l'on utilise habituellement dans les affaires de demande d'asile.

[68] La preuve que la SPR a évaluée donne l'impression que le Congrès national africain est indifférent au sort difficile que vit la population blanche minoritaire. Le demandeur soutient qu'il s'agit là d'une évaluation incomplète de la situation dans le pays car, en Afrique du Sud, la majorité noire est aussi bien victimisée par des criminels, sinon plus. Voir, par exemple, le reportage de *BBC News* intitulé « South Africa's crime crisis » (27 mai 1999). Il est évident que la SPR a omis d'examiner de manière équilibrée la preuve qu'elle avait en main.

Random acts of violence are not persecution

[69] The RPD further erred in equating the random acts of violence and criminality experienced by South Africans of every background to persecution experienced by white South Africans. The applicant submits that crime is prevalent in South Africa and victimizes all South Africans, regardless of race. Rather, it is more likely that white South Africans are targeted because they are perceived to be wealthy.

[70] There is no evidence in this instance, other than some equivocal racial slurs, to prove that the attacks experienced by the respondent were racially motivated. Moreover, even if the Court were convinced that the attacks were racially motivated, these attacks lack the systemic element required to constitute persecution. The RPD's decision is unreasonable and inconsistent with the principle that random acts of violence or criminality do not constitute persecution. See *Prophète v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163.

Absence of subjective fear

[71] The RPD also erred in failing to consider properly whether the respondent's return to South Africa after his first trip to Canada undermined his allegation of subjective fear of persecution. The applicant contends that the jurisprudence holds that a claimant's return to the country of alleged persecution is incompatible with a subjective fear of persecution or negates a well-founded fear of persecution. See, for example, *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 154 N.R. 345 (F.C.A.).

[72] It was unreasonable for the RPD to accept the respondent's explanation that he did not believe he could make a refugee claim because he did not speak French. However, the RPD accepted this explanation without any evidence that the respondent made any effort

Des actes de violence aléatoires ne constituent pas de la persécution

[69] La SPR a de plus commis une erreur en assimilant les actes aléatoires de violence et de criminalité subis par les Sud-Africains de toutes origines à de la persécution dont les Sud-Africains blancs sont victimes. Le demandeur soutient que la criminalité est répandue en Afrique du Sud et que tous les Sud-Africains, quelle que soit leur race, en sont victimes. Il faudrait plutôt dire qu'il y a plus de risques que les Sud-Africains blancs soient ciblés parce qu'ils sont perçus comme riches.

[70] En l'espèce, aucune preuve, à part quelques insultes racistes équivoques, ne montre que les agressions dont le défendeur a été victime avaient un caractère raciste. De plus, même si la Cour était convaincue que les agressions avaient un mobile raciste, ces dernières ne comportent pas l'élément systémique qui est nécessaire pour constituer de la persécution. La décision de la SPR est déraisonnable et ne cadre pas avec le principe selon lequel les actes de violence ou de criminalité aléatoires ne constituent pas de la persécution. Voir *Prophète c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 31.

L'absence de crainte subjective

[71] La SPR a également commis une erreur en omettant d'examiner convenablement si le retour du défendeur en Afrique du Sud, après son premier voyage au Canada, minait son allégation d'une crainte subjective de persécution. Le demandeur soutient que, d'après la jurisprudence, le retour d'un demandeur d'asile dans le pays où se serait produite la persécution est incompatible avec une crainte subjective de persécution ou exclut une crainte fondée de persécution. Voir, par exemple, *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL).

[72] Il était déraisonnable pour la SPR de souscrire à l'explication du défendeur, à savoir que ce dernier ne croyait pas qu'il pouvait présenter une demande d'asile parce qu'il ne parlait pas le français. La SPR a toutefois adhéré à cette explication sans preuve aucune que le

to ascertain the truth of this belief by contacting legal counsel, Citizenship and Immigration Canada, the Immigration and Refugee Board or a community legal clinic.

Delay

[73] The RPD erred in accepting the respondent's explanation for delay simply because it had not made any other findings of adverse credibility. According to the applicant, it is not a prerequisite that there should be an adverse credibility finding against a claimant in order for the RPD to draw an adverse inference from his/her delay to apply for protection. Rather, a delay is a relevant factor that must be considered even in cases where the claimant is found to be credible.

[74] Getting married or seeking employment with a government agency is not an adequate explanation for a delay. Furthermore, the respondent sought refugee protection only after he separated from his spouse. According to the applicant, this demonstrates the fallacy of the RPD's finding that the respondent attempted to regularize his status in Canada via marriage to a Canadian citizen.

[75] What is more, the respondent claims to have been the victim of numerous attacks over the course of a 10-year period. Nevertheless, he left South Africa only in 2004, after he was hired to work in Canada. This conduct is inconsistent with a subjective fear of persecution.

The Respondent

Abuse of process

[76] In light of the political pressure brought to bear by the South African government in response to the decision and the political nature of the decision, the respondent alleges that the Minister's application

défendeur avait fait un effort quelconque pour vérifier la véracité de cette croyance en communiquant avec un avocat, Citoyenneté et Immigration Canada, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ou une clinique juridique communautaire.

Le retard

[73] La SPR a commis une erreur en souscrivant à l'explication donnée par le défendeur pour justifier son retard juste parce qu'elle n'avait pas tiré d'autres conclusions défavorables quant à la crédibilité. Selon le demandeur, il n'est pas obligatoire de tirer une conclusion défavorable au sujet de la crédibilité d'un demandeur d'asile pour que la SPR tire une inférence défavorable de son retard à demander une protection. Un retard est plutôt un facteur pertinent qu'il est nécessaire de prendre en considération, même dans les cas où l'on conclut que le demandeur d'asile est digne de foi.

[74] Se marier ou chercher du travail auprès d'un organisme gouvernemental n'est pas une explication suffisante pour un retard. En outre, le défendeur a demandé l'asile uniquement après s'être séparé de son épouse. Selon le demandeur, cela démontre la fausseté de la conclusion de la SPR selon laquelle le défendeur a tenté de régulariser son statut au Canada en épousant une citoyenne canadienne.

[75] Qui plus est, le défendeur soutient avoir été victime de nombreuses agressions sur une période de 10 ans. Malgré cela, il n'a quitté l'Afrique du Sud qu'en 2004, après avoir été engagé pour travailler au Canada. Cette conduite ne cadre pas avec l'existence d'une crainte subjective de persécution.

Le défendeur

L'abus de procédure

[76] Le défendeur allègue qu'au vu des pressions politiques exercées par le gouvernement sud-africain à la suite de la décision ainsi que de la nature politique de cette dernière, la demande de contrôle judiciaire du

for judicial review constitutes an abuse of process. Accordingly, this application should be dismissed for reasons set out in *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587 (*Cobb*). The respondent submits that the Court cannot adopt the “executive abuse” of a party such as the Minister without depriving itself of jurisdiction.

[77] The respondent also says that the Minister’s decision to judicially review this decision is most likely based on the pressures placed on the Canadian government by the South African government. The timing and circumstances of this application, as well as the “tenor, texture, and non-existent weight or merit” of the grounds relied upon, have made it politically abusive. This has resulted in an abuse of process as well as a breach of the respondent’s section 7 Charter rights.

[78] Moreover, the respondent submits that the “Honorable Court’s [*sic*] track record as between applications on behalf of refugee claimants/immigrants versus those by the Minister” demonstrates a reasonable apprehension of bias on the part of the Court. Consequently, whether a true loss of independence has occurred, or whether it is simply apprehended that the Court has acquiesced to pressure applied by a foreign government, the result is that the Court has been stripped of its jurisdiction.

Reweighting evidence

[79] The respondent contends that the applicant is asking the Court to reweigh the evidence that was before the RPD simply because the applicant is not satisfied with the RPD’s decision. However, such an approach is contrary to *Dunsmuir*, above, which states [at paragraph 49] that “deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences”.

ministre constitue un abus de procédure. Il faudrait donc la rejeter pour les motifs énoncés dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587 (*Cobb*). La Cour, soutient-il, ne peut adopter [TRADUCTION] « l’abus exécutif » d’une partie telle que le ministre sans se priver de ses pouvoirs de décision.

[77] Le défendeur dit aussi que la décision prise par le ministre de soumettre à un contrôle judiciaire la décision dont il est question en l’espèce est fondée très probablement sur les pressions exercées par le gouvernement sud-africain sur le gouvernement canadien. Le moment où la présente demande a été déposée et les circonstances qui l’entourent, de même que [TRADUCTION] « la teneur, la texture et le poids ou le mérite inexistant » des motifs invoqués, font maintenant que la demande est politiquement abusive. Cela a donné lieu à un abus de procédure, ainsi qu’à une violation des droits que l’article 7 de la Charte confère au défendeur.

[78] De plus, le défendeur soutient que [TRADUCTION] « les antécédents de l’honorable Cour, relativement aux demandes présentées pour le compte de demandeurs d’asile ou d’immigrants par opposition à celles du ministre » démontrent l’existence d’une crainte raisonnable de partialité de la part de la Cour. Cela étant, qu’il y ait eu une perte réelle d’indépendance, ou que l’on appréhende simplement que la Cour ait acquiescé aux pressions exercées par un gouvernement étranger, il en résulte que la Cour a été privée de sa compétence.

La réévaluation de la preuve

[79] Le défendeur soutient que le demandeur voudrait que la Cour réévalue la preuve soumise à la SPR juste parce qu’il est insatisfait de la décision de cette dernière. Cependant, une telle approche est contraire à l’arrêt *Dunsmuir*, précité, où il est indiqué [au paragraphe 49] que « [l]a déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier ».

[80] The respondent submits that it is unfair and inaccurate to confuse the recitation of *viva voce* evidence within the decision (i.e., the evidence of Ms. Kaplan) with a presumption that the RPD accepted these statements as findings of fact. Rather, the decision must be read properly and contextually, without the assumption that the RPD adopted all of the statements made by Ms. Kaplan during her testimony. Indeed, the witness's allegations of persecution were accepted by the RPD; however, this does not mean that the RPD accepted the sweeping generalizations made, and conclusions reached, by Ms. Kaplan. The RPD simply recited her evidence without making findings of fact.

[81] Moreover, the applicant has mischaracterized the RPD's use of Ms. Kaplan's testimony. The RPD makes it clear that it considers the witness's position and experiences as similarly situated to those of the respondent.

State protection

[82] The RPD's findings with regard to state protection were reasonable in this instance. The respondent provided credible evidence concerning the attacks he had experienced and the evidence of a similarly situated witness to rebut the presumption of state protection. The respondent rebutted the presumption of state protection by providing clear and convincing evidence that demonstrated the inability and/or unwillingness of the South African state to provide protection. The respondent was not required to risk his life by seeking ineffective state protection simply to demonstrate its inadequacy. See *Hernandez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1211, at paragraph 19.

Factual findings

[83] The applicant has misrepresented the factual findings of the RPD as including every statement made by Ms. Kaplan. Even credible witnesses may draw conclusions that are unwarranted; however, this does not

[80] Selon le défendeur, il est injuste et inexact de confondre l'exposé d'un témoignage de vive voix qui est fait dans la décision (c.-à-d., le témoignage de M^{me} Kaplan) avec la présomption que la SPR a admis ces énoncés comme étant des conclusions de fait. Il convient plutôt de lire la décision de manière convenable et en tenant compte de son contexte, sans présumer que la SPR a fait sienne tout ce que M^{me} Kaplan a dit dans son témoignage. En effet, la SPR a souscrit aux allégations de persécution du témoin; mais cela ne veut pas dire qu'elle a souscrit aux vastes généralisations qui ont été faites par M^{me} Kaplan, ni aux conclusions que celle-ci a tirées. La SPR a simplement relaté son témoignage sans tirer de conclusions de fait.

[81] En outre, le demandeur s'est mépris sur l'utilisation que la SPR a faite du témoignage de M^{me} Kaplan. La SPR indique clairement qu'elle considère que la position du témoin et ses expériences sont similaires à celles du défendeur.

La protection de l'État

[82] Les conclusions de la SPR au sujet de la protection de l'État étaient raisonnables en l'espèce. Le défendeur a fourni une preuve digne de foi sur les agressions qu'il avait subies et le témoignage d'un témoin s'étant trouvé dans une situation similaire pour réfuter la présomption de la protection de l'État. Le défendeur a réfuté cette présomption en fournissant une preuve claire et convaincante qui établissait l'incapacité ou l'absence de volonté de l'État sud-africain à assurer une protection. Le défendeur n'était pas tenu de risquer sa vie en sollicitant la protection inefficace de l'État simplement pour démontrer son inefficacité. Voir *Hernandez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1211, au paragraphe 19.

Les conclusions de fait

[83] Le demandeur a indiqué à tort que les conclusions de fait de la SPR englobent toutes les déclarations que M^{me} Kaplan a faites. Même des témoins dignes de foi peuvent tirer des conclusions injustifiées; cependant,

affect the credibility of their evidence, nor does it mean that the RPD has accepted as fact each and every conclusion reached by the witness.

[84] The applicant is mischaracterizing the findings of the RPD in an attempt to have the evidence reweighed. According to the respondent, “the tenor, texture, and weight of the applicant’s arguments are to have this Court rehear and re-determine the claim, based on misguided, politically correct notions and alarm of potential opening of (white) flood-gates from South Africa”.

Persecution

[85] The applicant also characterizes the persecution faced by the respondent as “acts of random violence”. This finding, however, does not follow from the evidence before the RPD, which indicated that the respondent was subjected to racial slurs, such as “white dog”, “settler” and “white fuck”, when he was attacked on numerous occasions. These attacks were clearly not random. This was confirmed by Ms. Kaplan and was corroborated by the documentary evidence.

Subjective fear

[86] It was open to the RPD to make the finding of subjective fear based on the evidence and facts before it. Especially in light of the seven serious physical attacks suffered by the respondent, as well as the corroborating evidence of Ms. Kaplan and the documentary evidence.

[87] The consideration and assessment of delay was also within the purview of the RPD. It appropriately assessed this issue as simply one consideration in determining the existence of a well-founded fear of persecution.

cela n’a pas d’incidence sur la crédibilité de leur témoignage, pas plus que cela ne signifie que la SPR a tenu pour avérée la moindre conclusion que le témoin a tirée.

[84] Le demandeur caractérise à tort les conclusions de la SPR dans le but de faire réévaluer la preuve. Selon le défendeur, [TRADUCTION] « la teneur, la texture et le poids des arguments du demandeur sont de faire en sorte que la présente Cour réentende la demande et se prononce de nouveau sur cette dernière, en se fondant sur des notions politiquement correctes mais erronées, et sur la crainte de déclencher peut-être une avalanche (blanche) provenant de l’Afrique du Sud ».

La persécution

[85] Le demandeur qualifie aussi la persécution qu’a subie le défendeur d’[TRADUCTION] « actes de violence aléatoires ». Mais cette conclusion ne découle pas de la preuve qui a été soumise à la SPR, laquelle indiquait que le défendeur avait été l’objet d’insultes racistes, comme [TRADUCTION] « chien blanc », [TRADUCTION] « colon » et [TRADUCTION] « enculé blanc », quand il avait été agressé à de nombreuses reprises. À l’évidence, ces agressions n’étaient pas aléatoires. Cela a été confirmé par M^{me} Kaplan et corroboré par la preuve documentaire.

La crainte subjective

[86] Il était loisible à la SPR de conclure à l’existence d’une crainte subjective au vu de la preuve et des faits qui lui étaient soumis. Et surtout à la lumière des sept agressions physiques graves que le défendeur a subies, ainsi que du témoignage corroborant de M^{me} Kaplan et de la preuve documentaire.

[87] Il était également loisible à la SPR de prendre en considération et d’évaluer la question du retard. Elle a évalué convenablement cette question en disant qu’il s’agissait simplement d’un facteur dans la détermination de l’existence d’une crainte fondée de persécution.

[88] Moreover, the respondent was found to be credible, and the applicant has not attempted to take issue with his credibility.

Costs

[89] The respondent submits that he is entitled to solicitor-client costs due to the circumstances of the case.

ANALYSIS

General

[90] If the evidence before the RPD in this case is anything to go by, then the people of South Africa are living through an extremely dangerous and difficult time in the history of their country. The evidence reveals that crime is widespread and endemic against South Africans of all races and that racial and ethnic tensions continue to plague the country in the post-apartheid era. Many people have found the situation intolerable and have left. Many of those who have stayed, and who can afford it, have adopted a siege mentality, living in protected enclaves and/or in heavily secured and monitored houses.

[91] There is evidence before me that when the RPD rendered a positive decision in this case and concluded that the respondent qualified for refugee protection against racially motivated crime in South Africa, the South African authorities labelled the RPD's decision itself as "racist" and "ridiculous" and threatened that, if allowed to stand, it could "seriously damage relations between the two countries". Attempts to exert diplomatic pressure on the Government of Canada to ensure that the decision was reversed give rise to complex constitutional, Charter and jurisdictional issues that the Court will now need to address as part of this application. If such threats are representative of the attitude of the South African authorities then they suggest an unfortunate misunderstanding of the way the rule of law works in Canada and an equally unfortunate lack of sympathy

[88] Par ailleurs, il a été conclu que le défendeur était digne de foi, et le demandeur n'a pas tenté de contester sa crédibilité.

Les dépens

[89] Le défendeur soutient qu'il a droit aux dépens entre parties en raison des circonstances de l'affaire.

ANALYSE

Généralités

[90] À en juger par la preuve soumise à la SPR dans cette affaire, les habitants de l'Afrique du Sud traversent une période extrêmement dangereuse et difficile dans l'histoire de leur pays. La preuve révèle que les Sud-Africains de toutes races sont victimes d'une criminalité généralisée et endémique et que les tensions raciales et ethniques continuent de secouer durement le pays depuis la fin de l'apartheid. Nombreux sont ceux qui, trouvant la situation intolérable, sont partis. Un grand nombre de ceux qui sont restés, et qui ont les moyens de le faire, ont adopté une mentalité d'assiégés, vivant dans des enclaves protégées ou dans des maisons hautement sécurisées et surveillées.

[91] J'ai été saisi d'une preuve selon laquelle, quand la SPR a rendu une décision favorable dans cette affaire et a conclu que le défendeur était admissible à une protection, à titre de réfugié, contre les crimes à caractère raciste commis en Afrique du Sud, les autorités sud-africaines ont qualifié la décision même de la SPR de [TRADUCTION] « raciste » et [TRADUCTION] « ridicule » et ont laissé entendre que cette décision, si elle était maintenue, risquait [TRADUCTION] « de nuire sérieusement aux relations entre les deux pays ». Les tentatives faites pour exercer des pressions diplomatiques sur le gouvernement du Canada afin de veiller à ce que la décision soit infirmée donnent lieu à des questions complexes sur le plan de la Constitution, de la Charte et de la compétence; il faudra maintenant que la Cour examine ces questions dans le cadre de la présente demande. Si de

for South African citizens who find the current situation in their own country to be intolerable.

[92] Given the evidence of endemic, and often horrendous, crime in South Africa that has been presented in this case, it surely cannot be a surprise to anyone that a South African such as the respondent might conclude that he is the victim of violence directed against white South Africans and that the South African authorities are either unwilling or unable to protect him. Whatever conclusions the Court may come to regarding the RPD's decision in this case, the respondent's attempts to secure refugee status are, at least, understandable. The evidence is clear that he has been repeatedly attacked and stabbed by black assailants in South Africa. It is not, therefore, obviously delusional that he might have formed the impression that his attackers were motivated by the colour of his skin. For the South African authorities to attack the RPD's decision as "racist" and as a threat to the relationship between Canada and South Africa suggests an intolerance to criticism from one of its own citizens and an attitude that no white person should be allowed to claim he or she has been racially targeted even when repeatedly attacked by black criminals.

[93] In the end, however, and notwithstanding the legal ramifications that the actions of the South African authorities in response to the RPD decision have brought into play, this application is not about what the South African government or the Canadian government, or even this Court, believes is happening in South Africa. The application is about whether, given the evidence presented at the RPD hearing, it was unreasonable for the RPD to conclude that this respondent is a victim of race-based crime against which the South African authorities cannot, or will not, protect him. This does not mean that in rendering a positive decision on this issue the RPD was correct; the issue is whether the decision

telles menaces sont représentatives de l'attitude des autorités sud-africaines, elles dénotent dans ce cas une regrettable méprise quant à la façon dont le principe de la primauté du droit est appliqué au Canada et un manque tout aussi regrettable de sympathie à l'endroit des citoyens sud-africains qui jugent intolérable la situation dans laquelle se trouve actuellement leur propre pays.

[92] Compte tenu des preuves présentées en l'espèce au sujet des crimes endémiques, et souvent horribles, que l'on commet en Afrique du Sud, il ne serait certes pas surprenant pour quiconque qu'un Sud-Africain tel que le défendeur en vienne à conclure qu'il est victime de la violence dirigée contre les Sud-Africains blancs et que les autorités sud-africaines ne sont ni disposées à le protéger ni en mesure de le faire. Quelles que soient les conclusions que la Cour puisse tirer à propos de la décision de la SPR dans le cas présent, les tentatives faites par le défendeur pour obtenir l'asile sont, à tout le moins, compréhensibles. Il ressort clairement de la preuve que ce dernier a été agressé et poignardé à maintes reprises par des agresseurs noirs en Afrique du Sud. Il n'est donc pas manifestement illusoire qu'il ait pu avoir le sentiment que ses agresseurs étaient motivés par la couleur de sa peau. Le fait que les autorités sud-africaines aient qualifié la décision de la SPR de [TRADUCTION] « raciste » et de menace aux relations entre le Canada et l'Afrique du Sud dénote une intolérance face aux critiques de l'un de ses propres citoyens et une attitude selon laquelle aucun Blanc ne devrait être autorisé à prétendre qu'il a été ciblé sur le plan racial, même après avoir été agressé à maintes reprises par des criminels noirs.

[93] Au bout du compte cependant, et malgré les ramifications juridiques qu'ont fait entrer en jeu les actions des autorités sud-africaines en réponse à la décision de la SPR, la présente demande ne concerne pas ce que le gouvernement sud-africain ou le gouvernement canadien, ni même la présente Cour, croient qu'il se passe en Afrique du Sud. La demande a trait à la question de savoir si, compte tenu des éléments de preuve présentés à l'audience de la SPR, il était déraisonnable pour cette dernière de conclure que le défendeur a été victime de crimes racistes contre lesquels les autorités sud-africaines ne peuvent pas, ou ne veulent pas, le protéger. Cela ne veut pas dire que la SPR, en rendant une décision

falls within a range of possible, acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and law. Just because some people dislike the decision and do not find it tenable for political reasons does not make it unreasonable.

[94] The Minister says the decision is unreasonable because, given the facts and the law, it does not fall within the range of possible, acceptable outcomes. The respondent says it is reasonable because, although everyone may not agree that all crime committed by black people against white people in South Africa is race-based, the evidence is clear that at least some of it is, that it was in his case and that the authorities are either unable or unwilling to protect poor white citizens, such as the respondent, who find themselves repeatedly victimized by their black compatriots.

[95] Generally speaking, the question of whether the decision was reasonable or not turns upon the quality and treatment of the evidence that was placed before the RPD by the respondent.

The Respondent's Oral Evidence

[96] My review of the record suggests to me that there is a significant degree of ambivalence in the respondent's personal evidence about why he came to Canada and why he did not seek police protection in South Africa when attacked and robbed by his black assailants.

[97] The RPD found the respondent's narrative entirely credible and, in terms of the attacks he suffered and the injuries he sustained, there is nothing to suggest that this finding was unreasonable. The ambivalence arises from what the respondent says about the motivation for the attacks, his reasons for coming to Canada and his reasons for not seeking police protection in South Africa.

favorable sur cette question, avait raison; la question consiste à savoir si la décision appartient aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Le simple fait que certaines personnes n'apprécient pas la décision et ne la considèrent pas comme défendable pour des raisons d'ordre politique ne la rend pas déraisonnable.

[94] Selon le ministre, la décision est déraisonnable parce que, eu égard aux faits et au droit, elle n'appartient pas aux issues possibles et acceptables. Selon le défendeur, la décision est raisonnable parce que, même si tous ne conviennent peut-être pas que les crimes que commettent les Noirs contre les Blancs en Afrique du Sud sont tous fondés sur la race, il ressort clairement de la preuve qu'au moins certains d'entre eux le sont, que c'est ce qui est arrivé dans son cas et que les autorités ne peuvent pas ou ne veulent pas protéger les citoyens blancs démunis, comme l'est le défendeur, qui ont été victimisés à maintes reprises par leurs compatriotes noirs.

[95] De façon générale, la question de savoir si la décision est raisonnable ou non dépend de la qualité et du traitement de la preuve que le défendeur a soumise à la SPR.

Le témoignage du défendeur

[96] Il m'apparaît, après avoir examiné le dossier, qu'il existe un degré considérable d'ambivalence dans le témoignage personnel du défendeur sur la raison pour laquelle celui-ci est venu au Canada et sur la raison pour laquelle il n'a pas sollicité la protection de la police en Afrique du Sud quand il a été agressé et volé par ses agresseurs noirs.

[97] La SPR a jugé que l'exposé circonstancié du défendeur était entièrement digne de foi et, en ce qui concerne les agressions dont il a été victime et les blessures qu'il a subies, rien ne donne à penser que cette conclusion est déraisonnable. L'ambivalence découle de ce que dit le défendeur au sujet du mobile des agressions, des raisons pour lesquelles il est venu au Canada et des motifs pour lesquels il n'a pas sollicité la protection de la police en Afrique du Sud.

[98] When questioned by the RPD about the seven attacks he suffered between 1991 and approximately 2003, the respondent's answers do not suggest anything overtly racial about them apart from racial insults that were uttered during the attacks. According to his own evidence, it looks as though the criminals were after his personal property and money.

[99] In 1991, when he was stabbed on the train, his evidence was that the attackers said he was sitting in their chair and they wanted money and they stabbed him because he did not have any.

[100] In the 1992 attack at the bus stop, his evidence was that the attackers "wanted my shoes and my money or whatever". When the RPD asked him what they were after, the respondent explained as follows:

You see they want everything we have because we, how do you say, they don't have much money because of what we did to them in the past

[101] The incident itself, as the respondent explains, suggests that the crime was carried out by black people who do not have much money because of past injustices. The respondent may well have been noticed because of his white skin, but this does not mean he was attacked because he is white. In the respondent's account of the incident there is nothing to suggest that the attackers wished to rob or injure him because he is white. His whiteness was simply an *indicium* of relative wealth, and they attacked him to try and obtain whatever he had in terms of property that was valuable to them.

[102] This raises, of course, a difficult conceptual issue. The respondent may well have been conspicuous on the train and at the bus stop because he is white. And this is because, in the context of South Africa's culture and history, whiteness connotes either substantial or relative wealth. In my view, however, this does not render the attacks racist. The respondent's unprompted evidence suggests that the attacks were made to acquire property and not to punish the respondent for being

[98] Quand la SPR l'a interrogé sur les sept agressions qu'il a subies entre 1991 et 2003 environ, le défendeur, dans ses réponses, ne donne pas l'impression que ces agressions avaient un caractère manifestement raciste, à part les insultes racistes proférées pendant ces agressions. Selon son propre témoignage, il semble que les criminels voulaient ses biens personnels et son argent.

[99] Il a déclaré qu'en 1991, quand il avait été poignardé à bord du train, ses agresseurs avaient dit qu'il était assis à leur place et qu'ils voulaient de l'argent, et qu'ils l'avaient poignardé parce qu'il n'en avait pas.

[100] Quant à l'agression survenue en 1992 à l'arrêt d'autobus, il a déclaré que les agresseurs [TRADUCTION] « voulaient [ses] chaussures et [son] argent, ou quelque chose du genre ». Quand la SPR lui a demandé ce que voulaient les agresseurs, le défendeur a expliqué la situation en ces termes :

[TRADUCTION] Voyez-vous, ils veulent tout ce que nous avons parce que nous, comment dirais-je, ils n'ont pas beaucoup d'argent à cause de ce que nous leur avons fait subir dans le passé [...]

[101] L'incident lui-même, comme l'explique le défendeur, donne à penser que le crime a été commis par des Noirs qui, à cause d'injustices passées, n'ont pas beaucoup d'argent. Il est fort possible que le défendeur ait été repéré à cause de sa peau blanche, mais cela ne veut pas dire qu'il a été agressé parce qu'il est blanc. Dans le récit de l'incident que le défendeur a relaté, rien n'indique que les agresseurs souhaitaient le voler ou le blesser parce qu'il était blanc. La couleur de sa peau était simplement un indice de richesse relative, et les individus l'ont agressé pour tenter de mettre la main sur ce qu'il pouvait avoir sur lui qui leur serait précieux.

[102] Cela suscite évidemment une question conceptuelle difficile. Il se peut fort bien que l'on ait remarqué le défendeur à bord du train et à l'arrêt d'autobus parce qu'il était blanc. Et cela est dû au fait que, dans le contexte de la culture et de l'histoire de l'Afrique du Sud, la couleur blanche est le signe d'une richesse considérable ou relative. À mon avis, cependant, cela ne rend pas les agressions racistes. Selon le témoignage non sollicité du défendeur, les agressions avaient pour but de permettre

white. There is no evidence that attacks are not made against black people in South Africa in situations where they also display the trappings of substantial or relative wealth. In fact, there was evidence before the RPD that South Africans of every race and ethnic background are robbed and stabbed by black criminals. As the respondent explained to the RPD, many robbers are black because of what happened in the past, and many black people remain poor and are prepared to resort to criminal means to acquire money and other property.

[103] The respondent was also stabbed by black attackers at a nightclub in 1996. Again, the respondent's evidence was that the assailant wanted "shoes and money".

[104] In 1998, the respondent was stabbed in the hand. Again, the respondent's account of the incident was that he was at a bus stop and "they wanted my things again and I managed to step back and I got stabbed in my hand".

[105] The fifth attack occurred in 2000 while the respondent was playing in a rugby match. The respondent's unprompted account runs as follows:

Yeah, I was playing a rugby match and I think it's 2000 and I wasn't the only who [*sic*] got stabbed. It was a shady town kind of thing, industrial town and we were playing a rugby match. And me and two other guys we never got stabbed, we were more scraped because we were in the middle of a rugby match and we tried to tell the ref. but all that he would was [*sic*] just stop the game.

[106] This time the assailant "sort of scraped [the respondent's] knee with a sharpened screwdriver sort of thing, home-made knife and two other guys they got one, and it was in the arm I think and another one in the hand".

[107] We are not told at this point whether the "two other guys" who "got one" were black or white. This is significant because the respondent says that although

aux agresseurs de s'emparer de biens et non de châtier le défendeur parce qu'il était blanc. Rien ne prouve qu'on ne s'en prend pas à des Noirs en Afrique du Sud qui affichent également les attributs d'une richesse considérable ou relative. En fait, la SPR a été saisie d'une preuve que les Sud-Africains de toutes races et de toutes origines ethniques sont volés et poignardés par des criminels noirs. Comme l'a expliqué le défendeur à la SPR, de nombreux voleurs sont noirs à cause de ce qui est arrivé dans le passé, et de nombreux Noirs sont démunis et prêts à poser des gestes criminels pour acquérir de l'argent et d'autres biens.

[103] Le défendeur a également été poignardé par des agresseurs noirs en 1996, aux abords d'une boîte de nuit. Là encore, il a déclaré que les agresseurs voulaient [TRADUCTION] « des chaussures et de l'argent ».

[104] En 1998, le défendeur a reçu un coup de couteau à la main. Là encore, selon son récit de l'incident, il se trouvait à un arrêt d'autobus et [TRADUCTION] « ils voulaient de nouveau [ses] choses; [il a] réussi à faire un pas en arrière et [il a] été poignardé dans la main ».

[105] La cinquième agression est survenue en 2000, pendant que le défendeur prenait part à une partie de rugby. Son récit non sollicité est le suivant

[TRADUCTION] Ouais, je jouais une partie de rugby, je crois que c'était en 2000 et je n'ai pas été le seul à me faire poignarder. Nous étions dans une ville un peu louche, une ville industrielle, et nous jouions au rugby. Moi et deux autres types, on n'a pas été poignardés; on a plutôt été égratignés parce que nous étions au beau milieu d'une partie de rugby et nous avons essayé de le dire à l'arbitre, mais tout ce qu'il a voulu faire c'est juste arrêter la partie.

[106] Cette fois-ci, l'agresseur [TRADUCTION] « a en quelque sorte égratigné le genou [du défendeur] avec une espèce de tournevis aiguisé, un couteau improvisé, et deux autres types ont été égratignés; au bras je pense et un autre à la main ».

[107] On ignore à ce stade-ci si les [TRADUCTION] « deux autres types » qui ont été [TRADUCTION] « égratignés » étaient noirs ou blancs. Ce détail est important car le

the opposition was an all-black team, there were, besides himself, two other white players on his team.

[108] What is interesting and significant, in my view, is that the respondent obviously had no fear of playing rugby against an all-black team in a small industrial town as part of a mixed team that had three white players and 12 black players.

[109] When asked by the RPD why he was attacked during the rugby game, the respondent was definitive in his answer: “Because they were losing.”

[110] The respondent was also asked whether he was afraid to play a team of underprivileged black Africans in “an African area”. His answer was “It depends where.”

[111] Once again, there is no indication here that the respondent was attacked for racial motives. He says that he, and two others (who he later says were also white), were attacked because the team they were playing against was losing.

[112] The sixth incident was recounted by the respondent as follows:

Yeah. I got, well my friend and I were at the, like the market you guys have here, we were at our version of one in Capetown and we were on the way to go home in the car and we seen an African trying to what looked like steal the car or open the door and when we tried to stop him about five of them came out from hiding around the cars. And I got, my hand got, the palm of my hand got sliced and my friend got stabbed in the buttocks.

[113] There is no evidence here that the respondent was targeted because he was white. He appears to have come upon someone attempting to break into his friend’s car. We are not told whether his friend was black or white. The RPD asked him about the friend, but all the

défendeur dit que même si l’équipe adverse était entièrement composée de Noirs, il y avait, à part lui-même, deux autres joueurs blancs au sein de son équipe.

[108] Ce qui est intéressant et important, à mes yeux, c’est que le défendeur n’avait manifestement pas peur de jouer au rugby contre une équipe entièrement composée de Noirs dans une petite ville industrielle, et au sein d’une équipe mixte qui comptait trois joueurs blancs et douze joueurs noirs.

[109] Quand la SPR lui a demandé pourquoi il avait été agressé pendant la partie de rugby, le défendeur a répondu de manière catégorique : [TRADUCTION] « Parce qu’ils perdaient. »

[110] On a aussi demandé au défendeur s’il avait peur de jouer contre une équipe d’Africains noirs défavorisés dans [TRADUCTION] « un secteur africain ». Sa réponse a été la suivante : [TRADUCTION] « Cela dépend où. »

[111] Là encore, rien n’indique ici que le défendeur a été agressé pour des motifs racistes. Il dit que lui, et deux autres (blancs eux aussi, déclare-t-il plus tard), ont été agressés parce que l’équipe contre laquelle ils jouaient perdait.

[112] Le sixième incident a été relaté par le défendeur en ces termes :

[TRADUCTION] Ouais. Mon ami et moi nous étions au [...], comme le marché que vous avez ici, nous nous trouvions dans le genre de marché que nous avons chez nous, au Cap, et nous étions en train de nous diriger vers la voiture pour rentrer à la maison quand nous avons vu un Africain qui essayait de voler la voiture ou d’ouvrir la portière; quand nous avons essayé de l’en empêcher environ cinq autres qui se cachaient autour des voitures sont apparus. Et j’ai été, ma main a été, la paume de ma main a été éraflée et mon copain a été poignardé dans la fesse.

[113] Il n’y a là aucune preuve que le défendeur a été pris pour cible parce qu’il était blanc. Il semble être tombé sur un individu qui essayait de s’introduire par effraction dans l’automobile de son ami. On ne nous dit pas si son ami était blanc ou noir. La SPR lui a posé une

respondent would say was “Well we sort of grew up together back home.”

[114] In my view, there is no evidence whatsoever that this attack was racially motivated. There is no evidence, for instance, that the black perpetrator knew he was trying to break into the car of a white person or indeed that it was a car belonging to a white person. The respondent and his friend came upon a crime in progress, decided to intervene and were set upon by the gang. That is it.

[115] The seventh attack occurred some time after 2000 when the respondent and a friend were walking home late at night from “the beach area, all the pubs and night life”. The pair were confronted by black people who “were trying to intimidate” them. The respondent says that he was not intimidated because “I was pretty close to my house”. Here is what he says happened as a result of the confrontation:

And they gave me what they call a smiley, they hold their lighter upside down so that the flame burns the middle part and in the [inaudible] it leaves like a smiley thing there.

[116] As for the respondent’s friend “he got the lights beaten out of him because he was smaller than me and they see [*sic*] he was scared”.

[117] Once again, the RPD asked why the respondent and his friend were attacked. The answer was a simple: “There is a—that’s life for us.”

[118] The RPD also asked if the assailants wanted money. The respondent replied: “Well anything. You see they like to intimidate us because there is nothing we can do to them so they do that.”

[119] As well as the attacks against the respondent himself, he also referred to an attack upon a friend called Jamie McAlister whose brother accompanied the respondent to Canada in 2004. Jamie was abducted outside

question sur cet ami, mais tout ce que le défendeur a répondu c’est : [TRADUCTION] « Nous avons en quelque sorte grandi ensemble dans la même ville. »

[114] À mon avis, rien ne prouve que cette agression avait un mobile raciste. Il n’y a aucune preuve, par exemple, que le criminel noir savait qu’il tentait de s’introduire par effraction dans l’automobile d’un Blanc ou, en fait, que l’automobile était celle d’un Blanc. Le défendeur et son ami sont tombés sur un acte criminel en train d’être commis, ils ont décidé d’intervenir et la bande leur est tombée dessus. C’est tout.

[115] La septième agression a eu lieu quelque temps après l’année 2000, tard dans la nuit, pendant que le défendeur et un ami rentraient à pied à la maison après une soirée de [TRADUCTION] « plage, tous les pubs et la vie nocturne ». Les deux ont été confrontés par des Noirs qui [TRADUCTION] « tentaient de [les] intimider ». Le défendeur déclare qu’il n’a pas été intimidé parce qu’il était [TRADUCTION] « assez près de la maison ». Voici ce qui, dit-il, s’est passé à la suite de la confrontation :

[TRADUCTION] Et ils m’ont fait ce qu’ils appellent un « smiley », ils tiennent leur briquet à l’envers de façon à ce que la flamme brûle le milieu et dans [inaudible] ça laisse une espèce de « smiley ».

[116] Quant à l’ami du défendeur, [TRADUCTION] « il s’est fait tabasser parce qu’il était plus petit que moi et qu’ils ont vu qu’il avait peur ».

[117] Une fois de plus, la SPR a demandé pourquoi le défendeur et son ami avaient été agressés. La réponse a été simplement : [TRADUCTION] « Il y a un ... cela fait partie de notre vie ».

[118] La SPR a également demandé si les agresseurs voulaient de l’argent. Le défendeur a répondu : [TRADUCTION] « N’importe quoi. Voyez-vous, ils aiment nous intimider parce qu’il n’y a rien que l’on peut faire contre eux, alors c’est ce qu’ils font. »

[119] En plus des agressions dont il a été lui-même victime, le défendeur a parlé aussi d’une agression commise contre un ami appelé Jamie McAlister, dont le frère a accompagné le défendeur au Canada en 2004.

a nightclub by “four Africans and one African woman”. The respondent is unclear regarding the reasons for this attack upon his friend Jamie:

I don't know if they were doing initiation thing [*sic*] but she wanted to sexually harass him or rape him or whatever and after they seen, they had enough, whatever, they dropped him off in his underpants in the middle of nowhere.

[120] It is not clear how the respondent knows what happened to Jamie and how much of it he witnessed himself. Here again, however, there is no mention of a racial dimension to the attack. It does not follow that, because Jamie's abductors happened to be black, they abducted and beat him up because he was white.

[121] In general, then, the respondent's unprompted evidence cannot reasonably support a finding of systemic, racially motivated attacks.

Examination by Mr. Kaplan

[122] It is apparent from the record that the racial aspects of the attacks I have referred to were introduced into evidence when the respondent was examined by his own counsel, Mr. Kaplan. Reading over the transcript, there is a strong impression of Mr. Kaplan attempting to remind the respondent that he is involved in a refugee claim and that the racial element is all important. To do this Mr. Kaplan goes over the attacks again and asks the respondent extremely leading questions about racial motivation. Mr. Kaplan's questions suggest in an obvious way the answers he requires. In fact, in my view, Mr. Kaplan prompts and encourages the respondent to give a particular answer.

[123] I will use the rugby game incident to illustrate this. Here is Mr. Kaplan going over the sequence of events with the respondent:

Jamie a été enlevé à l'extérieur d'une boîte de nuit par [TRADUCTION] « quatre Africains et une Africaine ». Le défendeur n'est pas sûr des raisons pour lesquelles son ami Jamie a été agressé :

[TRADUCTION] J'ignore s'il s'agissait d'une sorte d'initiation mais elle voulait le harceler sexuellement ou le violer ou quelque chose du genre et après qu'ils ont vu, qu'ils en ont eu assez, ils l'ont abandonné vêtu seulement de ses sous-vêtements au beau milieu de nulle part.

[120] On ne sait pas vraiment comment le défendeur est au courant de ce qui est arrivé à Jamie, ni la mesure dans laquelle il a été lui-même témoin de cet incident. Là encore, cependant, rien n'est dit à propos d'une dimension raciste dans le cas de cette agression. Ce n'est pas parce que les agresseurs de Jamie étaient Noirs et que lui était blanc qu'ils l'ont enlevé et battu.

[121] De façon générale, le témoignage non sollicité du défendeur ne peut étayer raisonnablement une conclusion d'agressions à caractère raciste et systémiques.

L'interrogatoire de M^e Kaplan

[122] Il ressort clairement du dossier que les aspects racistes des agressions auxquels j'ai fait référence ont été introduits en preuve quand le défendeur a été interrogé par son propre avocat, M^e Kaplan. Quand on parcourt les notes sténographiques, on a la vive impression que ce dernier tente de rappeler au défendeur qu'il a présenté une demande d'asile et que l'élément raciste est primordial. Pour ce faire, M^e Kaplan revient sur les agressions et pose au défendeur des questions extrêmement suggestives sur les mobiles racistes. Les questions que pose M^e Kaplan suggèrent de façon évidente les réponses qu'il veut entendre. En fait, selon moi, M^e Kaplan incite et encourage le défendeur à donner une réponse particulière.

[123] Je vais utiliser l'incident de la partie de rugby pour illustrer ce point. Ici, M^e Kaplan passe en revue l'ordre des événements avec le défendeur :

[TRADUCTION]

- Q. Okay. Now in the rugby match incident the member asked you, member, the Chairman there, and he asked you, the judge, he asked you why were you stabbed and you said because they were losing.
- A. Yeah. It's also because—you got to remember we got nice rugby jerseys because we are a club, they, underprivileged town, and so they pick on us. That's what they do. When I came home in 2004 there were people on the airplane, when we walked out there was the security, they recognized our accent and they pick on us. They want to do [*sic*] check our bags and that's outside the airport, that's not even in Customs. That's what they do—
- Q. Okay. Sorry, Brandon, just one second. In that rugby match you were on the team, you said there was three white people.
- A. Yeah.
- Q. And 12 African people on that team, now is it correct that all 15 people on your team would have had nicer rugby jerseys, you would be wearing the same jerseys that your—
- A. Yeah, but we belong to a club.
- Q. Yes. But the other African players, right?
- A. Yeah.
- Q. Now was there any racial motivation in your view regarding that particular incident?
- A. I mean from our team—
- Q. You were stabbed, right?
- A. Yeah.
- Q. With a screwdriver, and it was by an African person on the other team.
- A. Yeah.
- Q. And then another two people were also injured, right? Were those other two people African or white?
- A. They were white.
- Q. Très bien. Maintenant, dans l'incident du match de rugby, le commissaire vous a demandé, le commissaire, le président pour être plus précis, et il vous a demandé, le juge, il vous a demandé pourquoi vous avez été poignardé et vous avez répondu que c'était parce qu'ils perdaient.
- R. Ouais. C'est aussi parce que... il ne faut pas oublier que nous avons de beaux chandails de rugby parce que nous sommes un club; ils, c'est une ville défavorisée, et c'est la raison pour laquelle ils s'en prennent à nous. C'est ce qu'ils font. Quand je suis rentré au pays en 2004, il y avait des gens dans l'avion, lorsque nous sommes sortis il y avait les mesures de sécurité, ils ont reconnu notre accent et ils s'en sont pris à nous. Ils voulaient vérifier nos bagages, et ça, c'était à l'extérieur de l'aéroport, même pas aux Douanes. C'est ça qu'ils font. . .
- Q. Très bien. Je m'excuse, Brandon, une seconde. Dans cette partie de rugby, vous faisiez partie de l'équipe, vous avez dit qu'il y avait trois Blancs.
- R. Ouais.
- Q. Et douze Africains dans l'équipe; maintenant est-il exact de dire que les quinze membres de votre équipe porteraient de plus beaux chandails de rugby, vous portiez les mêmes chandails que votre. . .
- R. Ouais, mais nous faisons partie d'un club.
- Q. Oui. Mais les autres joueurs africains. . .?
- R. Ouais.
- Q. Y avait-il, selon vous, une motivation raciste quelconque dans cet incident particulier?
- R. Je veux dire, de notre équipe. . .
- Q. Vous avez été poignardé, n'est-ce pas?
- R. Ouais.
- Q. D'un coup de tournevis, et c'était par un Africain de l'autre équipe.
- R. Ouais.
- Q. Et ensuite il y a deux autres personnes qui ont été blessées elles aussi, est-ce exact? Ces deux autres personnes, étaient-elles africaines ou blanches?
- R. Elles étaient blanches.

Q. So all three people on that team, on your team who were white were stabbed. Was there apart—you said that the reason was they did that because you were losing. Was there any racial motivation for stabbing you and the other two guys as far as you know?

A. Well they were, they smirk and they give us comments and we can't go to the ref. because he was an African too and all that he did was just stop the game, nothing else was done about it. Because if there is I mean what are you going to do when there is about a thousand people watching the game and they get angry, so. So, even though he is our colour he is a referee, he has to be neutral. But you can't hold it against him for doing that but what happens to him when he walks off the field then they get a hold of him because he is taking the side of us and that's a no, no.

Q. Do you think that there was racial motivation in being attacked?

A. There had to have been.

[124] Not only does the respondent have to be reminded of the racial dimension and prompted to give an answer that will bring him within the definition of a Convention refugee, but the answer he gives reveals that, in fact, he does not really know whether the attack was racially motivated or not. The answer “There had to have been” is speculation. He has told the RPD previously that the attack was made “Because they were losing”, but at this point, and only after his counsel has prompted him with the words “racial motivation”, does he answer “There had to have been.”

[125] The respondent is similarly led by his counsel when he is asked to go over other incidents. As revealed elsewhere in the transcript, the respondent appears to equate racial persecution with affirmative action and the difficulties he has experienced in finding a job in South Africa. Hence, what the respondent means by racial motivation and persecution is never made entirely clear. He believes that the general situation in South Africa is now racially prejudicial to white South Africans like himself. This is why, in his view, the physical attacks against him “had to have been” racially motivated.

Q. Donc, les trois personnes de cette équipe, de votre équipe, qui étaient blanches ont été poignardées. Y avait-il... vous avez dit que cela est arrivé parce que vous perdiez. Y avait-il, selon vous, une motivation raciste pour vous poignarder, vous et les deux autres gars?

R. Eh bien, ils... ils ont un petit sourire narquois et ils nous font des remarques et nous ne pouvions pas nous plaindre à l'arbitre parce que lui aussi était africain et que tout ce qu'il a fait, ça a été d'arrêter la partie, rien d'autre n'a été fait. Parce qu'il y a, c'est-à-dire, qu'allez-vous faire quand il y a environ un millier de gens qui regardent la partie et qu'ils se mettent en colère? Donc, même s'il est de notre couleur, c'est un arbitre, il doit être neutre. Mais on ne peut pas lui reprocher d'avoir agi comme ça, mais que lui arrive-t-il lorsqu'il quitte le terrain; ils s'en prennent à lui parce qu'il prend parti pour nous et ça c'est interdit.

Q. Pensez-vous que l'agression avait une motivation raciste?

R. Sûrement.

[124] Non seulement faut-il rappeler au défendeur la dimension raciste de l'incident et l'inciter à donner une réponse qui le fera correspondre à la définition d'un réfugié au sens de la Convention, mais la réponse qu'il donne révèle que, en réalité, il ne sait pas réellement si l'agression avait un mobile raciste ou non. La réponse [TRANSDUCTION] « Sûrement » est une conjecture. Il a déclaré plus tôt à la SPR que l'agression avait eu lieu [TRANSDUCTION] « Parce qu'ils perdaient » mais à ce stade-ci, et uniquement après que son avocat l'a incité en utilisant les mots [TRANSDUCTION] « motivation raciste », il répond : « Sûrement ».

[125] Le défendeur est guidé de la même façon par son avocat quand celui-ci lui demande de relater d'autres incidents. Comme on peut le lire ailleurs dans les notes sténographiques, le défendeur semble assimiler la persécution raciale aux mesures d'action positive et aux difficultés qu'il avait à trouver du travail en Afrique du Sud. C'est donc dire que le sens que donne le défendeur à la motivation raciste et à la persécution n'est jamais tout à fait clarifié. Il croit que la situation générale en Afrique du Sud est actuellement préjudiciable sur le plan racial aux Sud-Africains blancs comme lui. C'est

la raison pour laquelle, selon lui, les agressions physiques dont il a été victime étaient [TRADUCTION] « [s]ûrement » motivées par le racisme.

Objective Evidence of Racial Motivation

[126] In fact, the only objective evidence offered by the respondent to suggest that the attacks were racially motivated is that his assailants were always black and they uttered racial insults. It seems to me that if you live in a country where black people make up 80 percent of the total population, and where the white European population is only 9 percent, and if, like the respondent, you do not live in a predominantly white enclave and choose to go to nightclubs, pubs and beaches frequented by black people and to play in rugby games against teams that are totally composed of black players, then the chances of the perpetrators being black if you are robbed or assaulted must be pretty close to 100 percent. Hence, the fact that the assailants in each instance were black cannot, *per se*, be equated with racial motivation. Black people who live in and/or frequent the same areas as the respondent, or engage in the same pastimes, are pretty well assured that, if they are robbed, the perpetrators will be black, and for the same demographic reasons.

[127] As for racial insults and epithets, it would be passing strange if they were not a common occurrence in a country where racial tensions and racial disparities have been so much a part of that country's political and social history, and where those tensions have yet to be resolved fully even though the apartheid era has passed. The fact that the respondent's black assailants called him a "white dog", a "boer", a "settler" or a "witnai" when they attacked him does not mean that they attacked him because he was white or because they considered him a "white dog" or a "witnai". Verbal and racial abuse is a form of aggression and a means of denigrating or frightening the victim. Such terms are not, in themselves, an objective indicator that the respondent was attacked because he was white. In my view, this is not like being deprived of property, attacked or rounded up and killed because you happen to be Jewish or Tutsi; nor is it like being lynched because you

La preuve objective de la motivation raciste

[126] En fait, la seule preuve objective que le défendeur a offerte pour donner à penser que les agressions étaient motivées par le racisme est que ses agresseurs étaient toujours noirs et qu'ils proféraient des insultes racistes. Il me semble que si l'on vit dans un pays où la population noire représente 80 p. 100 de la population et où la population européenne blanche n'est que de 9 p. 100 et si, comme le défendeur, vous ne vivez pas dans une enclave à prédominance blanche et décidez de vous rendre dans des boîtes de nuit, dans des pubs et sur des plages que fréquentent des Noirs et de jouer au rugby contre des équipes entièrement composées de joueurs noirs, les risques que les agresseurs soient noirs si vous êtes volé ou agressé doivent être assez proches de 100 p. 100. Le fait que, dans chaque cas, les agresseurs étaient noirs ne peut donc pas, en soi, être assimilé à une motivation raciste. Les Noirs qui vivent dans les mêmes secteurs que le défendeur, qui fréquentent ces mêmes secteurs ou qui s'adonnent aux mêmes passe-temps sont presque sûrs que, s'ils sont volés, les auteurs du crime seront noirs, et ce, pour les mêmes raisons démographiques.

[127] Quant aux insultes et aux qualificatifs racistes, il serait fort étrange que ce ne soit pas un état de choses ordinaire dans un pays où les tensions et les disparités raciales ont fait autant partie de son histoire sociale et politique et où ces tensions, même si l'époque de l'apartheid est chose du passé, ne sont pas encore réglées. Le fait que les agresseurs noirs du défendeur l'ont qualifié de [TRADUCTION] « chien blanc », de « boer », de [TRADUCTION] « colon » ou de « witnai » en s'en prenant à lui ne veut pas dire qu'ils l'ont agressé parce qu'il était blanc ou parce qu'ils le considéraient comme un [TRADUCTION] « chien blanc » ou un « witnai ». La violence verbale et raciste est une forme d'agression et un moyen de dénigrer ou d'effrayer la victime. Ces mots ne sont pas en soi un indice objectif que le défendeur a été agressé parce qu'il était blanc. À mon avis, cela n'équivaut pas au fait d'être privé de ses biens, d'être agressé ou rassemblé et tué parce qu'on est juif ou tutsi;

happen to be black. The use of racial slurs is not, in my view, in itself supportive of systemic racially motivated attacks against the respondent.

[128] Mr. Galati, respondent's counsel at the hearing before me, astutely drew my attention to the fact that the motives behind a crime might well be mixed and that, even if there was only an element of racial motivation behind what white South Africans might suffer at the hands of black South Africans, our jurisprudence does not exclude refugee protection just because the motives are mixed. He referred me to the cases of *Shahiraj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 453, 205 F.T.R. 199 and *Flores v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2002 FCT 893, which make it clear that a nexus sufficient to sustain a claim to Convention refugee status may be established where the motivation for persecution is mixed, provided it can be partially related to a Convention ground. In both of these cases, the decision under review was set aside because the Immigration and Refugee Board failed to consider evidence that linked the targeting of the victim to a Convention ground. In *Shahiraj*, there was reason to believe that the applicant had been targeted for extortion by the police in India at least partially due to his association with his brother, who was a militant Sikh. In *Flores*, the Board erred because it failed to examine documentary evidence that state officials in Mexico often asserted false charges of weapons and drug trafficking to prosecute alleged Zapatistas.

[129] In the present case, we are not dealing with the mixed motivations of state officials and the police who may be using criminal pretexts to target political militants. The respondent's refugee claim was that he had been physically attacked by fellow citizens because he was white. Hence, in terms of mixed motivation, there would have to be evidence that the respondent was attacked and robbed not just because the assailants wanted

cela n'équivaut pas non plus au fait d'être lynché parce qu'on est noir. L'utilisation d'insultes racistes n'était pas en soi, selon moi, le fait que le défendeur a été victime d'agressions à caractère raciste et systémiques.

[128] M^e Galati, qui représentait le défendeur à l'audience que j'ai présidée, a attiré avec justesse mon attention sur le fait que les mobiles d'un crime peuvent fort bien être mixtes et que, même s'il n'y avait qu'un élément de motivation raciste qui sous-tendait le sort que des Sud-Africains blancs pourraient subir aux mains de Sud-Africains noirs, notre jurisprudence n'exclut pas la possibilité d'accorder l'asile juste parce que les motifs sont mixtes. Il m'a renvoyé aux affaires suivantes : *Shahiraj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 453 et *Flores c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 893, qui indiquent clairement qu'un lien suffisant pour étayer une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention peut être établi lorsque la motivation de la persécution est mixte, à la condition toutefois qu'elle puisse être liée en partie à un motif énoncé dans la Convention. Dans ces deux affaires, la décision soumise à un contrôle judiciaire a été infirmée parce que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait omis de prendre en considération des éléments de preuve qui liaient le ciblage de la victime à un motif énoncé dans la Convention. Dans la décision *Shahiraj*, il y avait lieu de croire que le demandeur avait été victime d'extorsion de la part de la police en Inde au moins en partie à cause des liens qu'il avait avec son frère, un sikh militant. Dans la décision *Flores*, la Commission a commis une erreur parce qu'elle a omis d'examiner une preuve documentaire selon laquelle, au Mexique, les représentants de l'État déposaient souvent de fausses accusations de trafic d'armes et de drogue en vue de poursuivre de présumés zapatistes.

[129] Dans la présente affaire, il n'est pas question des motivations mixtes de représentants de l'État et de la police, qui usent peut-être de prétextes criminels pour cibler des militants politiques. Selon la demande d'asile du défendeur, ce dernier a été agressé par des concitoyens parce qu'il était blanc. Cela étant, en ce qui concerne les motivations mixtes, il faudrait qu'il y ait une preuve que le défendeur a été agressé et volé non pas seulement

money and property but because they also wanted to harm and punish him for being white. I agree with respondent's counsel that such mixed motivation is conceivably possible. What is lacking in the present case, in my view, is objective evidence that the attacks, at least in part, were made to persecute the respondent for being white. One of the attacks relied upon by the RPD occurred in a car park when it was the respondent who took the initiative to intervene when black men were attempting to break into his friend's car. The respondent was not even targeted in this incident.

[130] Mr. Galati's argument is, intuitively, that surely in a country where so much crime is perpetuated by black assailants upon white victims some of it must be racially motivated, and surely this means that at least part of the motivation for the attacks upon the respondent had to be racial.

[131] My answer to these perceptive arguments is that surely in a country where the black population amounts to 80 percent of the whole, and where the white European population only 9 percent, then most of the crime perpetuated against white people must, of necessity, be perpetrated by black people, just as most of the crime against black people must also, of necessity, be perpetrated by black people. This must be even more inevitable when economic and class factors are taken into account.

[132] But more importantly in the respondent's case, which is the only case before me, it was almost inevitable that his assailants would be black because of where he lives and because of some of the activities he was engaged in when the attacks occurred. If you play rugby against a team composed of 15 black players then your assailant must inevitably be black. The respondent's unprompted evidence about why his black assailants attacked him was that they wanted to rob him or because, in the case of the rugby game, they were losing. The respondent may have been targeted for robbery because he was white (and, therefore, presumably better

parce que les agresseurs voulaient son argent ou ses biens mais aussi parce qu'ils voulaient lui faire du mal et le punir parce qu'il était blanc. Je suis d'accord avec l'avocat du défendeur qu'une telle motivation mixte est possible. Ce qui manque en l'espèce, selon moi, c'est une preuve objective que les agressions commises avaient pour but, en partie du moins, de persécuter le défendeur parce qu'il était blanc. L'une des agressions sur laquelle la SPR s'est fondée est survenue dans un terrain de stationnement, où c'est le défendeur qui a pris l'initiative d'intervenir face à des hommes noirs qui tentaient de s'introduire par effraction dans l'automobile de son ami. Dans cet incident, le défendeur n'était même pas ciblé.

[130] M^e Galati fait valoir, intuitivement, que dans un pays où tant de crimes sont commis par des agresseurs noirs contre des victimes blanches une partie de ces crimes est certainement motivée par le racisme, et cela signifie sûrement qu'une partie au moins de la motivation des agressions commises contre le défendeur était de nature raciste.

[131] Ma réponse à ces arguments perceptifs est que dans un pays où la population est noire à 80 p. 100 et où la population européenne blanche ne représente que 9 p. 100, la plupart des crimes dont les Blancs sont victimes doivent forcément être perpétrés par des Noirs, tout comme la majeure partie des crimes dont les Noirs sont victimes doivent aussi, forcément, être perpétrés par des Noirs. Cette conclusion est encore plus inévitable quand on entre en ligne de compte les facteurs économiques et de classe.

[132] Mais, et surtout dans l'affaire du défendeur, la seule qui m'est soumise, il était presque inévitable que ses agresseurs soient noirs à cause de l'endroit où il vivait et à cause de certaines des activités auxquelles il s'adonnait au moment où les agressions ont eu lieu. Si vous jouez au rugby contre une équipe formée de 15 joueurs noirs, votre agresseur sera forcément noir. Le témoignage non sollicité du défendeur sur la raison pour laquelle ses agresseurs noirs s'en étaient pris à lui était qu'ils voulaient le voler ou que, dans le cas de la partie de rugby, ils étaient en train de perdre. Le défendeur a peut-être bien été ciblé pour vol parce qu'il était blanc

off than most blacks), but he was not robbed or stabbed for being white, at least as far as his unprompted evidence goes.

[133] It may be, of course, that a black South African could decide to rob or stab a white South African because he is white and because of the injustices practised by white South Africans against black South Africans in the past. That would make the attack racist in my view because its purpose would be to punish and harm the victim for being white, rather than to acquire the victim's property or to injure the victim in a personal confrontation. The respondent's unprompted evidence was that he was robbed and stabbed not to punish and harm him for being white but to purloin his shoes, money and "things". I agree with respondent's counsel that, conceptually at least, it is possible to rob and stab someone to obtain their property and to punish and harm them for being white. This would obviously be the case in a situation where black perpetrators attacked and robbed white victims only. In this case, however, the respondent's unprompted evidence did not suggest that mixed motives were present, and even his responses to his counsel's leading questions do not make clear how we could know that a racial element was present, other than by way of speculation. In addition, there is no evidence to suggest that those who attacked and robbed the applicant attacked and robbed white South Africans only.

[134] Mr. Galati has also drawn my attention to the respondent's Personal Information Form (PIF) where the respondent asserts racial motivation for the attacks. He argues that the PIF is evidence before the RPD, so that the RPD was quite reasonable to overlook the discrepancies in testimony between the respondent's unprompted evidence when questioned by the RPD and his evidence when questioned by Mr. Kaplan.

(et donc vraisemblablement mieux nanti que la plupart des Noirs), mais il n'a pas été volé ou poignardé parce qu'il était blanc; du moins, c'est ce que l'on retire de son témoignage non sollicité.

[133] Il est bien sûr possible qu'un Sud-Africain noir puisse décider de voler ou de poignarder un Sud-Africain blanc parce que ce dernier est blanc et à cause des injustices commises dans le passé par les Sud-Africains blancs contre les Sud-Africains noirs. Cela conférerait selon moi un caractère raciste à l'agression car celle-ci aurait pour but de châtier la victime et de lui faire du mal parce qu'elle est blanche, plutôt que de s'emparer de ses biens ou de la blesser dans une confrontation personnelle. Selon le témoignage non sollicité du défendeur, ce dernier a été volé et poignardé non pas pour le châtier ou lui faire du mal parce qu'il était blanc, mais pour mettre la main sur ses chaussures, son argent et ses [TRADUCTION] « choses ». Je suis d'accord avec l'avocat du défendeur selon qui, d'un point de vue conceptuel au moins, il est possible de voler et de poignarder une personne pour obtenir ses biens et pour la châtier et lui faire du mal parce qu'elle est blanche. Ce serait manifestement le cas dans une situation où des Noirs n'agressaient et ne voleraient que des victimes blanches. Dans le cas présent, toutefois, dans son témoignage non sollicité le défendeur ne laisse pas entendre qu'il y avait des mobiles mixtes présents, et même les réponses qu'il a données aux questions suggestives de son avocat n'indiquent pas clairement comment il pouvait savoir qu'un élément raciste était présent, sinon par voie de conjecture. Par ailleurs, aucune preuve ne donne à penser que les individus qui ont agressé et volé le défendeur n'agressaient et ne volaient que des Sud-Africains blancs.

[134] M^e Galati a également attiré mon attention sur le formulaire de renseignements personnels (FRP) du défendeur, dans lequel ce dernier affirme que les agressions étaient motivées par le racisme. Il soutient que le FRP est une preuve devant la SPR, et que celle-ci a donc eu raison de faire abstraction des incohérences entre le témoignage non sollicité qu'a fait le défendeur quand il a été interrogé par la SPR et le témoignage qu'il a fait quand il a été interrogé par M^e Kaplan.

[135] The respondent's personal narrative does say that he fears being killed and/or persecuted for being white:

I am afraid of being killed by African South Africans who will kill me because I have a white skin. At a very minimum, I believe I will be discriminated against because I am white. This type of discrimination has affected me on all levels of life and will continue—if not worse—if I return to South Africa. I believe I have been persecuted as well and that my life is at risk if I were to return to South Africa because I am a Caucasian South African. In addition to the discrimination, I have been attacked for having a white skin no fewer than 6 times and I have been threatened as well because of my white skin.

[136] The respondent is clear that “at a very minimum” he has been discriminated against, but persecution remains a matter of belief. He does, however, state that he has “been attacked for having a white skin no fewer than 6 [*sic*] times and I have been threatened as well because of my white skin”.

[137] As regards the sixth incident at the market (which he says in the transcript occurred in 2000), he says in his PIF that this occurred in 2002. He makes it clear that it was his friend's car that was being broken into:

We approached and tried to prevent this person (who was African) at which moment about 5 other Africans appeared from nowhere (I think they were hiding behind other vehicles) and tried to stab us. I raised my hands to protect myself and was stabbed in the hands. My friend was also stabbed (in the buttocks).

[138] Once again, we are not told if the friend was black or white, but what is clear is that the respondent was not even personally targeted in this incident. The assailants were trying to break into someone else's car and the respondent attempted to intervene.

[139] As regards the other incidents recounted in the personal narrative, there is nothing inherent in the attacks themselves to suggest that they were racially motivated except that the assailants were always black

[135] L'exposé circonstancié personnel du défendeur dit effectivement que ce dernier craint d'être tué ou persécuté parce qu'il est blanc :

[TRADUCTION] J'ai peur d'être tué par des Sud-Africains noirs qui me tueront parce que j'ai la peau blanche. Je crois à tout le moins que je serai victime de discrimination parce que je suis blanc. Ce type de discrimination m'a touché dans tous les aspects de la vie et elle se poursuivra — sinon pire — si je retourne en Afrique du Sud. Je crois aussi que j'ai été persécuté et que ma vie serait en péril si je retournais en Afrique du Sud parce que je suis un Sud-Africain blanc. En plus de la discrimination, j'ai été agressé parce que j'ai la peau blanche à six reprises au moins et j'ai également été menacé à cause de ma peau blanche.

[136] Le défendeur indique clairement que [TRADUCTION] « à tout le moins » il a été victime de discrimination, mais la persécution demeure une affaire de croyance. Il déclare cependant qu'il a été [TRADUCTION] « agressé parce que j'ai la peau blanche à six [*sic*] reprises au moins » et qu'il a été [TRADUCTION] « menacé aussi à cause de ma peau blanche ».

[137] En ce qui concerne le sixième incident, survenu au marché (en 2000, dit-il dans les notes sténographiques), il déclare dans son FRP que l'affaire a eu lieu en 2002. Il dit clairement que c'est l'automobile de son ami qui était visée :

[TRADUCTION] Nous nous sommes approchés et avons tenté d'empêcher cet individu (qui était Africain) et, à ce moment, environ cinq autres Africains sont sortis de nulle part (je pense qu'ils se cachaient derrière d'autres véhicules) et ont essayé de nous poignarder. J'ai levé les mains pour me protéger et j'ai été poignardé aux mains. Mon ami a lui aussi été poignardé (à la fesse).

[138] Là encore, on ne nous dit pas si l'ami en question était noir ou blanc, mais il est évident que le défendeur n'était même pas personnellement visé dans cet incident. Les agresseurs tentaient de s'introduire par effraction dans l'automobile de quelqu'un d'autre, et le défendeur a essayé d'intervenir.

[139] Quant aux autres incidents relatés dans l'exposé circonstancié personnel, il n'y a rien d'inherent aux agressions elles-mêmes qui donne à penser que ces dernières étaient motivées par le racisme, sinon que les

and racial insults and epithets were used. I have discussed these issues above. All we are left with in the personal narrative are the respondent's beliefs and views which are not grounded on objective evidence of racial motivation:

My view of these incidents: they like to pick on “big white boys” because it is their time. They believe that it was “big white boys” who picked on them before and therefore it is “payback from wayback.”

[140] This is put forward as a concept or a theory. It is not objective evidence. The RPD's job was to assess whether the respondent's theory was founded upon objective evidence.

[141] In other words, I do not think that what the respondent says in his personal narrative brings any objective evidence to support his view that the attacks were racially motivated. In fact, it is difficult to see how the attack at the market even involved the targeting of a white person. How could the assailants have known that they were breaking into the car of a white person? That attack was obviously motivated by the intervention undertaken by the respondent and his friend.

[142] In addition, there is nothing in the personal narrative to dispel the general impression created by the transcript of the RPD hearing that the respondent had to be prompted by his legal counsel, Mr. Kaplan, to claim that all of the attacks involved “racial discrimination” and that this remains an opinion unsupported in an objective way by the respondent's personal evidence. This is why it seems to me that the evidence of Ms. Kaplan became the “lifeline” for the respondent's claim. The RPD, as I will discuss later, obviously felt that the respondent's refugee claim could not live, and would drown, if left to the respondent's own evidence.

[143] The reasons in the decision appear to suggest that the respondent's evidence of his personal

agresseurs étaient toujours noirs et qu'ils ont proféré des insultes et des qualificatifs racistes. J'ai traité plus tôt de ces questions-là. Tout ce qu'il nous reste dans l'exposé circonstancié personnel ce sont les croyances et les opinions du défendeur, qui ne reposent pas sur une preuve objective de motivation raciste :

[TRADUCTION] Mon point de vue sur ces incidents : ils aiment s'en prendre aux « grands gars blancs » pour se venger. Ils croient que c'étaient de « grands gars blancs » qui s'en prenaient à eux auparavant et que le temps est maintenant venu de « payer pour le passé ».

[140] Ce point de vue est avancé à titre conceptuel ou théorique. Il ne s'agit pas d'une preuve objective. La tâche de la SPR était d'évaluer si la théorie du défendeur reposait sur une preuve objective.

[141] Autrement dit, je ne crois pas que ce que le défendeur dit dans son exposé circonstancié personnel apporte une preuve objective quelconque à l'appui de son opinion selon laquelle les agressions avaient un caractère raciste. En fait, il est difficile de voir en quoi l'agression survenue au marché mettait même en cause le ciblage d'un Blanc. Comment les agresseurs auraient-ils pu savoir qu'ils tentaient de s'introduire par effraction dans l'automobile d'un Blanc? Cette agression était manifestement motivée par l'intervention du défendeur et de son ami.

[142] De plus, il n'y a rien dans l'exposé circonstancié personnel qui dissipe l'impression générale que créent les notes sténographiques de l'audience de la SPR, à savoir qu'il a fallu que le défendeur soit incité par son avocat, M^e Kaplan, à soutenir que les agressions mettaient toutes en cause de la [TRADUCTION] « discrimination raciale » et qu'il s'agit là d'une opinion que n'étaye pas de manière objective le témoignage personnel du défendeur. C'est pourquoi il me semble que le témoignage de M^{me} Kaplan est [TRADUCTION] « venu sauver » la demande d'asile du défendeur. La SPR, comme je l'analyserai plus loin, avait manifestement l'impression que la demande d'asile du défendeur ne pouvait subsister — et était vouée à l'échec — si l'on se fiait au propre témoignage du défendeur.

[143] Les motifs indiqués dans la décision semblent dénoter que le témoignage qu'a fait le défendeur au sujet

experiences was not sufficient to support his opinion that the attacks were racially motivated. I have gone over the respondent's own, unprompted account of those attacks in some detail to make it clear why this should be so. In so far as the RPD concludes that the respondent's personal account was not sufficient to establish racial motivation in order to bring the respondent within the definition of a Convention refugee, then, in my view, the RPD reached a reasonable conclusion. In so far as the RPD may have felt, as the respondent's present counsel Mr. Galati feels, that the respondent himself provided sufficient evidence to support racial motivation (a view which I do not think is found in the decision) then I would have to say that such a finding is unreasonable for the reasons given above.

[144] If we go back to the PIF of May 27, 2008—the respondent's sworn statement of what he fears in South Africa and why he claims refugee status on the basis of race—the explanation is much more about economic discrimination than black violence:

With the new government in power, us white people are struggling. The jobs go to the people of colour because of "Affirmative Action." It is easier for us people to get work in other countries. They have the law on their side. They are [*sic*] singing songs to the white people. Crime is at the highest. The farm killings are climbing. Its [*sic*] called land reformation. So far nothing has been done.

[145] Significantly, this statement says nothing about the personal attacks that the respondent has faced and upon which he based his refugee claim. The narrative appears to have evolved in this regard, as I will discuss later, as the respondent fell under the influence of the Kaplan family and their view of what is happening in South Africa.

Subjective Fear

[146] In reading the record in detail I am also struck by a recurrent note of pride on the part of the respondent

de ses expériences personnelles n'était pas suffisant pour étayer son opinion selon laquelle les agressions étaient motivées par le racisme. J'ai parcouru en détail le propre récit non sollicité du défendeur sur ces agressions pour déterminer clairement pour quelle raison il devrait en être ainsi. Dans la mesure où la SPR conclut que le récit personnel du défendeur n'était pas suffisant pour établir l'existence d'une motivation raciste et faire ainsi entrer le défendeur dans le cadre de la définition d'un réfugié au sens de la Convention, il s'ensuit, selon moi, que la SPR a tiré une conclusion raisonnable. Dans la mesure où la SPR a pu avoir l'impression, tout comme l'actuel avocat du défendeur, M^e Galati, que le défendeur lui-même avait fourni suffisamment de preuves pour justifier une motivation raciste (un point de vue qui n'apparaît pas, je crois, dans la décision), il faudrait alors que je dise qu'une telle conclusion est déraisonnable pour les motifs mentionnés plus tôt.

[144] Si l'on revient au FRP du 27 mai 2008 — la déclaration sous serment du défendeur sur ce qu'il craint en Afrique du Sud et la raison pour laquelle il demande l'asile du fait de sa race — l'explication concerne nettement plus la discrimination économique que la violence des Noirs :

[TRADUCTION] Depuis que le nouveau gouvernement est au pouvoir, nous les Blancs avons des difficultés. Les emplois sont donnés aux gens de couleur à cause de l'« action positive ». Il est plus facile pour nous de trouver du travail à l'étranger. Ils ont la loi de leur côté. Ils racontent des histoires aux Blancs. La criminalité a atteint un sommet. Les assassinats de fermiers s'intensifient. C'est ce qu'on appelle la réforme foncière. Jusqu'ici, rien n'a été fait.

[145] Fait important, cet énoncé ne dit rien sur les agressions personnelles que le défendeur a subies et sur lesquelles il a fondé sa demande d'asile. L'exposé circonstancié semble avoir évolué à cet égard, comme je l'analyserai plus tard, quand le défendeur a été soumis à l'influence de la famille Kaplan et à son opinion sur ce qui se passe en Afrique du Sud.

La crainte subjective

[146] En lisant le dossier en détail, je suis frappé aussi par une touche de fierté récurrente chez le défendeur

that he was not intimidated by what happened to him. There are references to his size and strength. This is a “big white boy”—to use his own phrase—who had no fear of going into a black industrial district to take on the all-black local side in a team of which he was one of only three white men. When he sees someone attempting to break into his friend’s car at the market he has no fear of immediately intervening. When the respondent and his friend were attacked while walking home from the beach area at night, he says he was not intimidated. His friend got beaten because “they see [*sic*] he was scared”. In other words, the respondent clearly was not scared. When the RPD asked him why he and his friend were attacked, the respondent’s answer was “that’s life for us”.

[147] The overall impression is that the respondent has not been scared by the physical attacks because he is strong and cannot be intimidated and because confrontations of this kind are just a way of life for him. Even when he does not have to, he jumps into the fray to take on a black man who is breaking into his friend’s car at the market. This is something he can handle.

[148] This note also becomes clear when the respondent is asked why he did not go to the police about any of the attacks. His oral evidence suggests that the respondent fears his father more than he fears his assailants. He appears to be someone who has grown up in a white environment where real men handle black aggressors themselves. He is a “big white boy” and “that’s life for us”.

[149] This becomes important when considered against the RPD’s treatment of the respondent’s return to South Africa and his delay in making a refugee claim.

quant au fait de ne pas avoir été intimidé par ce qui lui arrivait. Il y a des références à sa taille et à sa force. Nous avons affaire à un [TRADUCTION] « grand gars blanc » — pour reprendre ses propres paroles — qui ne craignait pas de se rendre dans un district industriel noir pour jouer contre une équipe locale entièrement noire, au sein d’une équipe où il n’était que l’un des trois joueurs blancs. Quand il voit un individu tentant de s’introduire par effraction dans l’automobile de son ami au marché, il ne craint pas d’intervenir immédiatement. Quand le défendeur et son ami ont été agressés en rentrant à la maison la nuit, après avoir été à la plage, il dit qu’il n’a pas été intimidé. Son ami a été battu parce qu’[TRADUCTION] « ils ont vu qu’il avait peur ». Autrement dit, le défendeur n’était visiblement pas effrayé. Quand la SPR lui a demandé pourquoi son ami et lui avaient été agressés, le défendeur a répondu : [TRADUCTION] « cela fait partie de notre vie ».

[147] L’impression générale que l’on en tire est que le défendeur n’a pas été effrayé par les agressions parce qu’il est fort et ne peut pas être intimidé et parce que les confrontations de ce genre ne sont pour lui qu’un mode de vie. Même quand il n’est pas obligé de le faire, il s’élance pour s’en prendre à un Noir qui tente d’entrer par effraction dans l’automobile de son ami au marché. C’est là une situation dont il peut se charger.

[148] Cette touche de fierté devient évidente aussi quand on demande au défendeur pourquoi il n’a signalé à la police aucune des agressions. Sa réponse donne à penser que le défendeur craint plus son père que ses agresseurs. Il semble être une personne qui a grandi dans un milieu blanc où les vrais hommes se chargent eux-mêmes des agresseurs noirs. Il est un [TRADUCTION] « grand gars blanc » et [TRADUCTION] « cela fait partie de notre vie ».

[149] Ce fait devient important quand on le considère par rapport à la façon dont la SPR a traité le retour du défendeur en Afrique du Sud et le retard avec lequel ce dernier a présenté une demande d’asile.

Reasons for Coming to Canada

[150] Further undermining the subjective fear element are the reasons that the respondent has given for coming to Canada.

[151] When asked by the RPD why he came to Canada, the respondent's answer is unequivocal and it has nothing to do with a fear of race-based violence:

I came here to look for work because I can't find work in my country and it's easier finding work overseas so I jumped at the opportunity to—I didn't pick Canada, it was just they advertised in the newspaper for the carnival work so I put my name down and I was off because they paid for our way to come here. Otherwise I could never leave.

[152] Nothing could be clearer from this answer than that the respondent's reasons for coming to Canada were economic and had nothing to do with being a refugee.

[153] Once again, the respondent has to be reminded in examination by his lawyer, Mr. Kaplan, that coming to Canada to seek work is not enough:

Q. When you were asked this morning by the (RPD) member when you came to Canada and you were looking for a job, were you really wanting to look for a better life or to save your life. So the member asked you—

A. Well it's both.

Q. —when you came, just let me finish my question, Brandon, first.

A. Sorry.

Q. So he asked you when you came were you looking for a better life or were you looking to save your life. This morning you said it was to save your life and okay, now you said it was both. I would like you just to clarify what,

Les motifs de la venue au Canada

[150] D'autres points qui minent davantage l'élément de crainte subjective sont les raisons qu'a données le défendeur pour expliquer sa venue au Canada.

[151] Quand la SPR a demandé pourquoi il est venu au Canada, la réponse du défendeur est sans équivoque et elle n'a rien à voir avec une crainte de violence à caractère raciste :

[TRADUCTION] Je suis venu ici pour chercher du travail parce que je n'arrive pas à en trouver dans mon pays et qu'il est plus facile d'en trouver à l'étranger; j'ai donc profité de l'occasion pour — je n'ai pas choisi le Canada, c'est juste qu'ils ont fait de la publicité dans le journal pour le travail dans un parc d'attractions et j'ai donc inscrit mon nom et je suis parti parce que l'employeur payait notre transport jusqu'ici. Sans cela, je n'aurais jamais pu m'en aller.

[152] Cette réponse indique on ne peut plus clairement que les raisons pour lesquelles le défendeur est venu au Canada étaient d'ordre économique et n'avaient rien à voir avec le fait d'être un réfugié.

[153] Une fois de plus, M^e Kaplan, l'avocat du défendeur, doit rappeler à ce dernier, en interrogatoire, qu'il ne suffit pas d'être venu au Canada pour chercher du travail :

[TRADUCTION]

Q. Quand le commissaire (de la SPR) vous a demandé ce matin lorsque vous étiez venu au Canada et que vous cherchiez du travail, vouliez-vous réellement trouver une vie meilleure ou sauver votre vie. Le commissaire vous a donc demandé...

R. Eh bien, c'est les deux.

Q. ... quand vous êtes arrivé, laissez-moi d'abord finir ma question, Brandon.

R. Désolé.

Q. Donc, il vous a demandé si, quand vous êtes venu, vous cherchiez une vie meilleure ou si vous vouliez sauver votre vie. Ce matin vous avez dit que c'était pour sauver votre vie et, très bien, vous dites maintenant que c'est les

your answer please. So when you came to Canada what was your motivation to come to Canada?

- A. Well I couldn't find a job and I am tired of living in fear, I am tired of the people's attitude. I mean I am born there and it's like they don't want me there. So I jumped to leave my country and I didn't pick Canada. I applied for many other jobs but this company they paid for our trip to come over to [*sic*] I jumped to it. And I wanted to stay. And the lady that did our paperwork said we had to go home in order to come back.
- Q. Okay, well I am going to ask you about that because that was an important part of today's case. But you said two things, you were tired of living in fear.
- A. Yeah.
- Q. Okay. Just tell me exactly the fear you were feeling?
- A. I mean you can be anywhere, anywhere, it's a problem walking home because—at night or even if you go to the store, I mean we don't even let our children walk alone anywhere. The same as we take the car, the car high-jackings, you can write the letter to the police, if you got flashed with a camera after 12 o'clock you just write a letter and say well it was a couple of Africans standing there and what they are doing there that time of night standing on the road and by the traffic light. Because we got people that sell newspapers, they run around the cars and they are selling newspapers but if it's late at night what are they doing there. And women, they don't even find the women of, well you could just write a letter and they will scrap that because we know we have got a problem like that and what do you do.
- Q. You commented just a few seconds ago "I am born there but they don't want me there". Just explain that part, I am born there but they don't want me, who is they and why do you feel they don't want you there.
- A. Yeah, the Africans and the government has taken all our—they made our hands tied. It's like the farm
- deux. J'aimerais juste que vous clarifiez votre réponse, s'il-vous-plaît. Donc, quand vous êtes venu au Canada, quelle était votre motivation pour venir ici?
- R. Eh bien, je n'arrivais pas à trouver du travail et j'en ai assez de vivre dans la peur, j'en ai assez de l'attitude des gens. C'est-à-dire que je suis né là-bas et que c'est comme s'ils ne veulent pas que j'y sois. J'ai donc profité de l'occasion pour quitter mon pays, mais je n'ai pas choisi le Canada. J'ai présenté une demande pour de nombreux autres emplois, mais cette compagnie, c'est elle qui payait notre voyage pour venir, ce qui fait que j'ai sauté sur l'occasion. Et je voulais rester. Ensuite, la dame qui a rempli nos documents a dit qu'il fallait que nous rentrions au pays pour pouvoir revenir.
- Q. Très bien, je vais vous poser une question sur cela parce qu'il s'agit d'un élément important de l'affaire d'aujourd'hui. Mais vous avez dit deux choses, vous en aviez assez de vivre dans la peur.
- R. Ouais.
- Q. Très bien. Dites-moi exactement quelle était la peur que vous éprouviez.
- R. C'est-à-dire qu'on peut être n'importe où, n'importe où, c'est un problème que de rentrer à pied chez soi parce que... la nuit ou même quand on va au magasin, c'est-à-dire qu'on ne laisse même plus nos enfants marcher seuls nulle part. C'est la même chose quand on prend l'auto, les détournements d'auto, on peut écrire la lettre à la police, si une caméra vous capte après minuit, il suffit d'écrire une lettre et de dire : eh bien, il y avait quelques Africains qui se tenaient là et ce qu'ils faisaient là à cette heure de la nuit, debout le long de la route, à côté du feu de circulation. Parce qu'il y a des gens qui vendent des journaux, ils font le tour des autos et ils vendent des journaux, mais si c'est tard la nuit, qu'est-ce qu'ils font là? Et les femmes, ils ne trouvent même pas les femmes de... eh bien, il suffit d'écrire une lettre et ils vont jeter l'affaire à la poubelle parce qu'on sait qu'on a un problème comme celui-là et qu'est-ce qu'on peut faire?
- Q. Vous avez dit il y a quelques secondes : « je suis né là-bas et c'est comme s'ils ne veulent pas que j'y sois ». Expliquez simplement cette partie-là : je suis né là-bas mais ils ne me veulent pas, de qui s'agit-il et pourquoi avez-vous l'impression qu'ils ne vous veulent pas là-bas.
- R. Ouais, les Africains et le gouvernement ont pris tous nos... ils nous ont lié les mains. C'est comme les

killings, they done away with the commandos, the people that the reservist, the reserve guys that patrol the farms, they done away with it because they know that just like they done away with the death penalty and all that. So now they just see us as a link to the past and why they are like that. But like that, they don't have anything because we got [inaudible] shanty towns or informal settlements and the problem is now the cities and suburbs are getting bigger and they are starting to get closer. So it's like you—I mean how do you go away, you go away on a Friday and the guy can jump over the wall and sit there for 48 hours and you can't chase him away, that's his piece of land, he can do what he wants. Now who protects us from that, nobody. Who protects the people dying on the farms or for land reformation and it's not a question about get off the land. They kill the granny's [*sic*], the mothers, the children, the dogs, the animals, the cows, they go like that. Because the farm doesn't have anyone else to go to in the family it goes to the government, but that farmer is giving a hundred job opportunities so the land goes back and it goes to waste.

assassinats de fermiers, ils se sont débarrassés des commandos, les types, les réservistes, les gars de la réserve qui patrouillent les fermes, ils s'en sont débarrassés parce qu'ils savent que... comme ils se sont débarrassés de la peine de mort et de tout cela. Maintenant, ils nous considèrent simplement comme un lien avec le passé et pourquoi ils sont comme ça. Mais comme ça, ils n'ont rien parce que nous avons des bidonvilles [inaudible] ou des agglomérations informelles et le problème, c'est que maintenant les villes et les banlieues deviennent de plus en plus grandes et qu'ils commencent à se rapprocher. Donc, c'est comme si... c'est-à-dire c'est comme si vous décidez de partir, vous décidez de partir un vendredi et un type peut sauter par-dessus le mur et rester là assis pendant 48 heures et vous ne pouvez pas le chasser, c'est sa parcelle de terrain, il peut faire ce qu'il veut. Maintenant, qui nous protège contre ça, personne. Qui protège les gens qui meurent dans les fermes ou pour la réforme foncière, et il ne s'agit pas d'une question de chasser des terres. Ils tuent les grands-mères, les mères, les enfants, les chiens, les animaux, les vaches, c'est comme ça qu'ils font. Comme la ferme n'a plus personne à qui être transmise dans la famille, elle va au gouvernement, mais ce fermier, il donne une centaine d'occasions de travail, de sorte que la terre est remise et elle est perdue.

[154] Besides the prompting in this sequence and the obvious attempt by Mr. Kaplan to have the respondent say that he came to Canada to escape the racial violence directed against him, it is obvious that although the respondent does not like the situation in South Africa he does not abandon his original answer that his primary motivation in coming to Canada was to find a job.

[154] À part le fait d'inciter le défendeur à répondre à cette série de questions et la tentative manifeste de M^e Kaplan d'amener le défendeur à dire qu'il est venu au Canada pour échapper à la violence raciale dirigée contre lui, il est évident que le défendeur, même s'il n'apprécie pas la situation en Afrique du Sud, ne renonce pas à sa réponse initiale, à savoir qu'en venant au Canada sa motivation première était celle de trouver du travail.

[155] Even when Mr. Kaplan waves the verbal cue card marked "FEAR" in front of him, the respondent expresses no objective bases to support personal fear. He talks about the white people—the farmers, the women, the grannies and the mothers. Even when prompted, it is obvious that the respondent wants to talk about his (and the Kaplan) view of what is generally happening in South Africa. At some points in the transcript (page 43, for example) he talks about being afraid to go to some parts of South Africa, but he claims not to have been afraid when he was attacked because "that's life for us" (page 46). The fact that the respondent may fear to live in South Africa does not make the attacks against

[155] Même quand M^e Kaplan agite le carton aide-mémoire sur lequel était inscrit le mot [TRADUCTION] « PEUR » devant lui, le défendeur ne fait état d'aucun motif objectif de ressentir une crainte personnelle. Il parle des Blancs — les fermiers, les femmes, les grands-mères et les mères. Malgré les incitations qui lui sont faites, il est évident que le défendeur veut parler de l'opinion qu'il a (tout comme les Kaplan) de ce qui se passe en général en Afrique du Sud. À certains endroits dans les notes sténographiques (à la page 43, par exemple), il dit qu'il a peur de se rendre dans certaines parties de l'Afrique du Sud, mais il prétend ne pas avoir été effrayé quand il a été agressé parce que [TRADUCTION] « cela fait

him race-based. The evidence is that many people in South Africa, white and black, are the victims of crime and that crime is endemic. I think we can safely assume that black South Africans also live in fear of this widespread crime.

[156] Once again, in my view, there is no objective foundation for a finding in the respondent's personal evidence that he left South Africa because he fears race-based crime. He finds the lack of economic opportunities intolerable and he is looking for a better way of life. He is also, perhaps, fearful of the prevalent crime that exists in South Africa, but this is not, in my view, a sufficient objective basis to support a claim for persecution.

Failure to Report to the Police

[157] The respondent failed to report to the police any of the attacks he now relies upon to support his claim for refugee status. This becomes an important factor for the RPD's analysis of state protection, but it also confirms the respondent's lack of subjective fear.

[158] The transcript reveals the following:

Q. So, okay. So why didn't you go to the police?

A. Because nothing will be done. You get lost in the system.

Q. Nothing will be done. How do you know that?

A. Well if you could wait up to three, four years just to go to court because they are full of crime and violence, the courts are too full. We still got our fingerprinting on paper [inaudible], we are still behind the time and—

partie de notre vie » (page 46). Ce n'est pas parce que le défendeur craint peut-être de vivre en Afrique du Sud que les agressions dont il a été victime sont à caractère raciste. Selon la preuve, de nombreux habitants de l'Afrique du Sud, blancs et noirs, sont victimes de la criminalité, et celle-ci est endémique. Je crois que l'on peut présumer sans se tromper que les Sud-Africains noirs vivent aussi dans la crainte de cette criminalité répandue.

[156] Là encore, selon moi, la conclusion selon laquelle le défendeur, d'après son témoignage personnel, a quitté l'Afrique du Sud parce qu'il craint la criminalité à caractère raciste n'a aucun fondement objectif. Il trouve intolerable l'absence de possibilités économiques et il est à la recherche d'un meilleur mode de vie. Il craint peut-être aussi la criminalité qui s'est répandue en Afrique du Sud, mais, selon moi, cela n'est pas suffisant pour étayer une prétention de persécution.

Le défaut de signaler les agressions à la police

[157] Le défendeur n'a signalé à la police aucune des agressions sur lesquelles il se fonde maintenant pour appuyer sa revendication du statut de réfugié. Ce fait devient un facteur important pour l'analyse que la SPR a faite de la protection de l'État, mais il confirme aussi l'absence de crainte subjective du défendeur.

[158] Les notes sténographiques révèlent ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Bon, très bien; alors pourquoi n'êtes-vous pas allé à la police?

R. Parce que rien ne sera fait. On devient perdu dans le système.

Q. Rien ne sera fait. Comment le savez-vous?

R. Eh bien, parce qu'il est possible que l'on doive attendre trois, quatre ans juste pour se rendre devant un tribunal, parce qu'y a plein de crimes et de violence, les tribunaux sont trop pleins. Nous avons encore nos empreintes digitales sur papier [inaudible], nous sommes encore en retard et...

Q. So it takes three to four years to get to court?

A. Till you finally get a decision or any—you see they make an example of us because we are educated as we have had our chance so you will get nowhere unless you have lots and lots of money.

Q. So the courts are too full of crimes.

A. Yeah.

BY THE COUNSEL (to the person concerned)

Q. Just pause for a second, sir. Sorry, could you repeat what you said, Brandon, when you said they want to make an example of us, can you repeat what you said please?

A. For example if you don't pay for a parking ticket you—they come and get you. But somebody else that commits a murder he just needs to say they killed my father in the old days and no one can teach me right from wrong and nothing happens to him. Our prisons are too full.

Q. Can you just, this part you are speaking with pronouns.

A. Oh, sorry.

Q. Pronouns, do you know what pronouns are like him, them, can you be more specific. So you said if you don't pay a parking ticket they will come and get you, who is they and who is you?

A. Me is the white people and the African police, South African police because it's a government job and we [inaudible] apply for that.

Q. And when you said about the murder, can you just tell me the colours, who is talking, somebody committed a murder.

A. Yeah. If an African commits a murder they feel sorry for you because he doesn't know right from wrong because the white people were bad in the old day so they just, it's like pay back from way back. They make an example out of us in everything.

Q. Donc, il faut trois ou quatre ans avant de se rendre devant un tribunal?

R. Jusqu'à ce que l'on obtienne finalement une décision ou... vous voyez, ils font un exemple de nous parce que nous sommes instruits car nous avons eu notre chance; donc vous n'irez nulle part à moins d'avoir beaucoup, beaucoup d'argent.

Q. Donc, les tribunaux sont trop pleins de crimes.

R. Ouais.

L'AVOCAT (à la personne concernée)

Q. Une seconde, Monsieur. Désolé, pourriez-vous répéter ce que vous avez dit, Brandon, quand vous avez déclaré qu'ils veulent faire de nous un exemple, pourriez-vous répéter ce que vous avez dit s'il-vous-plaît?

R. Par exemple, si vous ne payez pas un billet de stationnement, vous... ils viennent et vous attrapent. Mais quelqu'un d'autre qui commet un meurtre, il suffit qu'il dise qu'ils ont tué son père dans le temps et personne ne peut lui enseigner à distinguer le bien du mal, et rien ne lui arrive. Nos prisons débordent.

Q. Pourriez-vous simplement... dans cette partie vous utilisez des pronoms.

R. Oh, désolé.

Q. Pronoms, savez-vous ce que sont les pronoms : lui, eux, pourriez-vous être plus précis? Donc vous avez dit : si vous ne payez pas un billet de stationnement ils viennent et vous attrapent; de qui s'agit-il quand vous dites « ils » et « vous »?

R. « Moi », ce sont les Blancs et la police africaine, la police sud-africaine parce qu'il s'agit d'un travail gouvernemental et « nous » [inaudible] présentons une demande pour cela.

Q. Et quand vous avez parlé du meurtre, pouvez-vous me dire seulement les couleurs, qui parle, quelqu'un a commis un meurtre.

R. Ouais. Si un Africain commet un meurtre, ils sont désolés pour lui parce qu'il ne distingue pas le bien du mal, parce que les Blancs ont mal agi dans l'ancien temps alors ils font simplement... comme nous faire payer pour le passé. Ils font un exemple de nous dans tout.

BY THE PRESIDING MEMBER (to the person concerned)

LE PRÉSIDENT (à la personne concernée)

Q. So if a white—a black person kills a black person what do they do?

Q. Donc, si un Blanc... un Noir tue un Noir, que font-ils?

A. It depends where it is because if it's in the rural areas somebody might even get to the police, the police are very on demand. It's a dangerous job so there is not [inaudible] like when there is a riot they just close off the roads and wait for it to stop.

R. Cela dépend où, parce que si c'est dans les secteurs ruraux, quelqu'un peut même aller voir la police, la police est très sollicitée. C'est un travail dangereux et il n'y a donc pas [inaudible] comme quand il y a une émeute ils ferment simplement les routes et attendent qu'elle arrête.

Q. You say you don't go to the police because [of] your lack of confidence.

Q. Vous dites que vous n'allez pas voir la police à cause de votre manque de confiance.

A. Yeah.

R. Ouais.

Q. Where the claims get lost in the system *et cetera* and there is nothing that can be done.

Q. Où les demandes disparaissent dans le système *et cetera* et il n'y a rien qui peut être fait.

A. And you don't want to go to jail as a white person, you get—it's just—we are the minority so there is nothing we can do, absolutely nothing.

R. Et on ne veut pas aller en prison en tant que Blanc, on... c'est seulement... nous sommes la minorité de sorte qu'il n'y a rien que nous puissions faire, absolument rien.

Q. So do you mean to say that every crime in South African [*sic*] involving white people nobody ever—

Q. Donc, voulez-vous dire que tous les crimes commis en Afrique du Sud qui mettent en cause des Blancs, personne n'a jamais...

A. No, no, they are white people, yes.

R. Non, non, il y a des Blancs, oui.

Q. Nobody reports to the police?

Q. Personne ne le signale à la police?

A. Well it depends if it's [inaudible] in the police because that's in the open but we don't, you can't—it's even scary going to the police station because they ransack post offices, police stations, hospitals, they are undermanned, the police. And they would rather help their kind than—

R. Eh bien, cela dépend si [inaudible] dans la police parce que c'est fait ouvertement, mais nous ne, vous ne pouvez... c'est même effrayant d'aller au poste de police parce qu'ils saccagent les bureaux de poste, les postes de police, les hôpitaux, il n'y a pas assez de personnel, la police. Et ils aideraient plutôt les leurs que...

Q. The police are undermanned you say, right?

Q. La police n'a pas assez d'effectifs, vous dites, est-ce exact?

A. Yeah. And it's 90 percent, 80 percent of the police are all Africans because it's a government job.

R. Ouais. Et c'est 90 p. 100, 80 p. 100 de la police qui sont tous des Africains parce qu'il s'agit d'un travail gouvernemental.

Q. Yeah.

Q. Ouais.

A. For example I can't join the army, I don't fit the colour criteria, that's just an example.

R. Par exemple, je ne peux pas m'enrôler dans l'armée, je ne correspond pas au critère de couleur, ce n'est qu'un exemple.

Q. So is the other 20 percent of the police force white?

A. Maybe the guys with authority, maybe even less.

Q. But if 80 percent of the police are Africans is the other 20 percent white?

A. Yeah.

BY THE COUNSEL (to the person concerned)

Q. Did you say 80 or 90?

A. I said 80 or 90. It's very little white policemen because they, I don't know what the name is called but what they do is like take my dad for example. He worked with the municipality for the government for 15 years so what they do is they give—if you are an African you can just pick what you want to do and they will give you the job and he has to train someone what he has been doing for 15 years. He has to teach this guy in a couple of months and the guy might be, he could sort of read or write and then after that they tell my dad bye, bye, you have to go now. Because it's called affirmative action, the government jobs go to the other people to make it right. Affirmative action means to make it right. And the jobs too, they implement laws in the legislation that has to be—they can't say you open up a company and you want five people, you can't just hire your sister or your mother and your cousin, you can't do that. You have to give them a position and that's the way it works.

[159] There is a great deal in this sequence that is simply irrelevant to the issue of why the respondent did not report the attacks to the police. Once again, he falls back upon general opinions about what is happening in South Africa. What little he does say on point suggests that the respondent did not go to the police because he thinks the police are undermanned and prosecutions can take some time. It also reveals that he believes affirmative action to be a problem. In one sense, this is also irrelevant because the respondent's refugee claim was based upon seven personal attacks involving physical violence. He appears to be suggesting, however, that he did not go to the police because affirmative action has resulted in more black police officers, who will look

Q. Donc, les 20 p. 100 restants de la police sont blancs?

R. Peut-être les types en situation d'autorité, peut-être même moins.

Q. Mais si 80 p. 100 sont des Africains, les 20 p. 100 restants sont-ils blancs?

R. Ouais.

L'AVOCAT (à la personne concernée)

Q. Avez-vous dit 80 ou 90?

R. J'ai dit 80 ou 90. Il y a très peu de policiers blancs parce qu'ils, je ne sais pas quel est le mot, mais ce qu'ils font c'est... prenez mon père par exemple. Il a travaillé auprès de la municipalité pour le gouvernement pendant quinze ans, et ce qu'ils font c'est donner... si vous êtes Africain vous n'avez qu'à choisir ce que vous voulez faire et ils vous donneront l'emploi, et il doit apprendre à quelqu'un le travail qu'il fait depuis quinze ans. Il doit former ce type pendant quelques mois et ce type peut être, il doit en quelque sorte savoir lire ou écrire et, après cela, ils disent à mon père : salut, au revoir, il faut que tu t'en ailles maintenant. Parce que, ce qu'on appelle l'action positive, les emplois du gouvernement vont aux autres gens pour que ce soit équitable. L'action positive signifie faire les choses équitablement. Et les emplois aussi, ils appliquent des lois dans la législation qui doivent être... ils ne peuvent pas dire : vous lancez une compagnie et vous avez besoin de cinq personnes, vous ne pouvez pas embaucher simplement votre sœur ou votre mère et votre cousin, vous ne pouvez pas faire cela. Il faut leur donner un travail et c'est comme ça que ça fonctionne.

[159] Dans cette série de questions et de réponses il y a bien des aspects qui n'ont tout simplement rien à voir avec le fait de savoir pourquoi le défendeur n'a pas signalé les agressions à la police. Une fois de plus, il se fonde sur des opinions générales sur ce qui se passe en Afrique du Sud. Le peu de choses pertinentes qu'il dit donne à penser qu'il ne s'est pas adressé à la police parce qu'il croit que celle-ci manque d'effectifs et que les poursuites peuvent prendre un certain temps. Il révèle également qu'il croit que les mesures d'action positive sont un problème. En un sens, cela n'est pas pertinent non plus parce que la demande d'asile du défendeur est fondée sur plusieurs agressions personnelles impliquant des actes de violence physique. Il semble dire, cependant,

after their own kind but are not likely to do anything for him.

[160] Applicant's counsel attempted to clarify the situation with the respondent. The result was as follows:

Q. They did, yes. Just a little bit about the police. This morning you said, I think it was 80 to 90 percent of the police are black and the other 10 to 20 percent are white. Can you repeat once more why you did not go to the police?

A. Because it's scary because all the government jobs, every government job police or anything, they get it because it's their chance. So now if I go to the police station and I make a statement like I just got stabbed, they took my shoes, they are going to sort of like okay, well, you know, now you know what we have been through and et cetera. So, and if you go it's going to—you'll get lost in the system. It's so full of—and it's not that I say it's only them, there is a lot of bad white people there still but we are totally outnumbered. And they see [*sic*] the white people also, we have got two kinds, the English and Afrikaans and they also, like in the hostel because I had a English last name, they Afrikaans and the English people they also don't like to, how do I put an example, like the French and English they don't see eye to eye, the same with us back home. Because the Afrikaans people want to do things their way and the English people want to do things their way.

Q. Do you think from your experience the police wanted to help?

A. Well they have to help us [inaudible] police station and opened up the case and all that but—like I'll give an example. One of my friends got caught smoking drugs in a public place and they had to wait three years before it got thrown out of court, three years for something that—and it was their first time. I know that smoking is bad but I'm using that as a real example. Or the famous Mark Yeoman (ph) he got in trouble for having, I think it was he had a pirate, not pirated DVD's but he had all the copies at his house, then he made like his own personal mix

qu'il n'a pas contacté la police parce que, à cause des mesures d'action positive, il y a plus de policiers noirs, qui vont s'occuper des gens comme eux mais qui, pour lui, ne feront vraisemblablement rien.

[160] L'avocat du demandeur a tenté de clarifier la situation avec le défendeur, ce qui a donné le résultat suivant :

[TRADUCTION]

Q. Oui, effectivement. Quelques mots sur la police. Ce matin vous avez dit, je crois, que de 80 à 90 p. 100 des policiers sont noirs et que les 10 à 20 p. 100 restants sont blancs. Pourriez-vous répéter une fois de plus pourquoi vous n'êtes pas allé voir la police?

R. Parce que ça fait peur, parce que tous les emplois gouvernementaux, chaque emploi gouvernemental, que ce soit dans la police ou ailleurs, ils l'obtiennent parce qu'on leur en donne la chance. Maintenant, si moi je me rends au poste de police et que je déclare que je viens tout juste d'être poignardé, qu'on m'a volé mes chaussures, les policiers vont dire quelque chose comme : très bien, vous savez, maintenant vous savez ce que nous-mêmes avons vécu, et cetera. Donc, si vous y allez, ça va... vous allez vous perdre dans le système. Il y a tant de... et je ne dis pas que ce sont eux seulement, il y a beaucoup de mauvais Blancs encore, mais nous sommes bien moins nombreux. Et ils voient les Blancs aussi; il y en a deux sortes : les Anglais et les Afrikaners et eux aussi, comme dans l'auberge parce que mon nom de famille est anglais, ils, les Afrikaners et les Anglais, ils n'aiment pas, comment dire, comme les Français et les Anglais, ils ne voient pas [les] choses du même œil, c'est la même chose pour nous au pays. Parce que les Afrikaners veulent faire les choses à leur manière et que les Anglais veulent faire les choses à leur manière.

Q. Selon votre expérience, est-ce que la police voulait aider?

R. Eh bien, elle doit nous aider [inaudible] poste de police et ont ouvert le dossier et tout ça mais... je vais vous donner un exemple. L'un de mes amis s'est fait prendre à fumer de la drogue dans un lieu public et il a fallu attendre trois ans avant que l'accusation soit rejetée par le tribunal, trois ans pour quelque chose... et c'était sa première fois. Je sais que fumer ce n'est pas bien, mais j'utilise ce cas comme un exemple réel. Ou le fameux Mark Yeoman (ph), il a eu des problèmes pour avoir, je crois que c'était un DVD piraté, pas piraté, mais il avait toutes les copies

when he drives in the car and the policeman asked him right there but this is whatever, and he had to go to court and he stands next to a guy that's committed murder and he is African and he gets bail and he has to pay or he spends a couple of days in jail. Because all they need to see oh the victim of the system, so that's the way it works. I mean there is a lot of South Africans that do vigilante because they have to see their children's rapist walked past him and our hands our [*sic*] tied. It's like a normal thing. There was a big thing two years ago of a little girl of three years old getting raped by four Africans and their excuse was the witch doctor told them that if they do that then the curse of the AIDS gets taken away because we got two laws. We got tribal law and the government can't do nothing because it's their community. It's just—and it got thrown out of court because the policeman that wrote in the file he was semi illiterate so it got thrown out of court because the file is corrupt now. And then this poor guy has to live with that and they had a big thing because they could, it's going to sound bad, but they could look into her body because she was damaged so bad and absolutely nothing happened to them because I'm a victim of the system. And that works for them. But if we do something wrong we get the law-law [*sic*]. It's like our government can't even stop the tribes from circumcizing [*sic*] the girls and boys and a thousand die from infection but we can't do nothing because it's the tribal law. But if they come into the city and they can do the same it still doesn't matter.

[161] This attempt at clarification by Mr. Kaplan, it seems to me, yields more about the respondent's perceptions about general problems in South Africa, and the difficulties faced by black people, than about the respondent's failure to go to the police when he was attacked. There was no evidence before the RPD that the respondent either asked for help from the police or was denied help in any shape or form. Delay in prosecuting cases can occur anywhere. This will become particularly important when the RPD's state protection analysis is examined, but it also adds to the impression that the respondent had little in the way of subjective fear and that he knew how to take care of himself in a world

chez lui, et il faisait ensuite comme son propre « mix personnel » qu'il écoutait en conduisant sa voiture et le policier lui a demandé directement sur place, mais ça, en tout cas, et il a dû comparaître devant un juge et il s'est trouvé à côté d'un type qui avait commis un meurtre et ce type est Africain et il obtient une caution, mais lui il doit payer sinon il devra passer quelques jours en prison. Parce que tout ce qu'ils ont besoin de voir, oh! la victime du système, c'est donc comme cela que ça fonctionne. C'est-à-dire qu'il y a beaucoup de Sud-Africains qui se joignent à des groupes de justiciers parce qu'ils sont obligés de voir le violeur de leurs enfants passer devant eux et que nos mains sont liées. C'est comme une chose normale. Il y a eu toute une histoire il y a deux ans, celle d'une petite fille de trois ans qui avait été violée par quatre Africains et leur excuse était que le sorcier leur avait dit que, s'ils le faisaient, le fléau du sida disparaîtrait parce que nous avons deux lois. Nous avons la loi tribale et le gouvernement ne peut rien faire parce que c'est leur communauté. C'est juste... et l'accusation a été rejetée par le tribunal parce que le policier qui avait rédigé le dossier, il était semi-illettré et donc l'accusation a été rejetée parce que le dossier était maintenant corrompu. Et ensuite ce pauvre type, il doit vivre avec cela et ça a été toute une histoire parce qu'ils pouvaient, je m'excuse pour les détails, mais ils pouvaient voir à l'intérieur de son corps parce qu'elle était en très mauvais état et absolument rien ne leur est arrivé parce qu'ils étaient des victimes du système. Et ça, ça fonctionne pour eux. Mais nous, si nous faisons quelque chose de mal, la loi s'applique pleinement à nous. C'est comme notre gouvernement, qui ne parvient même pas à empêcher les tribus de circonscire [*sic*] les filles et les garçons, et un millier d'entre eux meurent d'infection mais nous ne pouvons rien faire parce qu'il s'agit de la loi tribale. Mais s'ils s'installent en ville et peuvent faire la même chose, cela ne change rien.

[161] Cette tentative d'éclaircissement de la part de M^e Kaplan, me semble-t-il, en dit davantage sur les perceptions du défendeur au sujet des problèmes généraux en Afrique du Sud, et les difficultés auxquelles les Noirs sont confrontés, que sur le fait que le défendeur n'ait rien signalé à la police quand il a été agressé. Aucune preuve n'a été soumise à la SPR pour démontrer que le défendeur avait sollicité l'aide de la police ou qu'on lui avait refusé une aide quelconque. Des retards dans les poursuites criminelles peuvent survenir n'importe où. Cela deviendra particulièrement important lorsqu'on examinera l'analyse que la SPR a faite de la protection de l'État, mais cela ajoute aussi à l'impression que le

where racial tension and confrontation is a way of life. Very telling in this regard is the fact that the respondent did not go to the police following the 1991 and 1992 attacks which occurred at a time when the white apartheid regime was in full control and intent upon subduing black South Africans. Whatever the respondent may say about present police practices, there is no evidence that he would have suffered any kind of delay or other problems had he gone to the police in 1991 and 1992. The fact that he chose not to do so suggests to me that he did not feel he needed police protection, and this adds to the general impression that he felt quite up to handling personally the physical threats and attacks that he says he suffered at the hands of black assailants. The RPD does not reasonably address in its decision the respondent's failure to seek police protection.

Delay in Making a Refugee Claim

[162] The respondent first came to Canada on June 9, 2004, but he did not make a claim for refugee status until April 3, 2008.

[163] In the interim, the respondent returned to South Africa in November 2004 and lived with his father until June 2005, at which time he returned to Canada with another work permit which was renewed until December 31, 2006.

[164] After December 2006, the respondent remained in Canada illegally and made his refugee claim on April 3, 2008.

[165] In the usual case, such an extensive delay in making a refugee claim, although not fatal, would have counted against an allegation of subjective fear. In this case, the RPD excused the delay because it accepted the respondent's explanation that, at least when he returned to South Africa, he did not know he could make a refugee claim and, subsequently, for the following reasons:

défendeur éprouvait peu de crainte subjective et qu'il savait comment prendre soin de lui-même dans un monde où les tensions et les confrontations raciales font partie intégrante de la vie. Un élément très révélateur à cet égard est le fait que le défendeur n'a pas fait appel à la police après les agressions de 1991 et 1992, lesquelles sont survenues à une époque où le régime d'apartheid blanc était en plein contrôle et résolu à mater les Sud-Africains noirs. Quoique le défendeur puisse dire au sujet des méthodes actuelles de la police, rien ne prouve qu'il aurait subi un retard quelconque ou d'autres problèmes s'il s'était présenté à la police en 1991 et 1992. Le fait d'avoir décidé de ne pas le faire me donne à penser qu'il estimait ne pas avoir besoin de la protection de la police, et cela ajoute à l'impression générale qu'il se sentait fort bien capable de faire face personnellement aux menaces et aux agressions physiques que, dit-il, il a subies aux mains d'agresseurs noirs. Dans sa décision, la SPR n'a pas traité de manière raisonnable du défaut du défendeur de solliciter la protection de la police.

Le retard à demander l'asile

[162] Le défendeur est arrivé pour la première fois au Canada le 9 juin 2004, mais il n'a pas demandé l'asile avant le 3 avril 2008.

[163] Dans l'intervalle, le défendeur est retourné en Afrique du Sud en novembre 2004 et il a vécu chez son père jusqu'en juin 2005, date à laquelle il est revenu au Canada muni d'un autre permis de travail, qui a été renouvelé jusqu'au 31 décembre 2006.

[164] Après le mois de décembre 2006, le défendeur est demeuré illégalement au Canada et il a présenté sa demande d'asile le 3 avril 2008.

[165] Habituellement, un retard aussi long à demander l'asile, même si ce n'est pas fatal, aurait été retenu contre une allégation de crainte subjective. Dans le cas présent, la SPR a excusé ce retard parce qu'elle a accepté l'explication du défendeur selon laquelle, au moins quand il est retourné en Afrique du Sud, il ignorait qu'il pouvait présenter une demande d'asile et, par la suite, pour les raisons suivantes :

In this particular claim, the claimant's work permit gave him validity until its expiry. He subsequently made attempts to solidify or justify his stay in Canada by attempting to join the Armed Forces and by marrying a Canadian citizen.

[166] The respondent's work permit ran out on December 31, 2006. His attempts to join the Armed Forces and his marriage to a Canadian citizen in August 2007 did not prevent the respondent from making a refugee claim. The RPD found as a fact that the respondent "tried to join the Canadian Armed Forces to avoid having to go back to South Africa". The RPD also found that he "married [his wife] believing that he could use her to help him get permanent status in Canada". The marriage did not work and the respondent eventually moved out before Christmas 2008.

[167] Hence, it is clear that, after December 2006, the respondent was actively looking for ways to remain in Canada but did not make a refugee claim until April 2008. No reasonable explanation exists as to why someone who wanted to stay in Canada and who was actively seeking ways to remain in the country would try joining the Armed Forces and marriage but would not consider a refugee claim. There is nothing to suggest that the respondent lacked the intelligence or the wherewithal to explore refugee protection if he felt that he truly qualified.

[168] In my view, it is plain from both the decision and the record that the RPD excused the respondent's extensive delay in making a refugee claim because the RPD bought into what I will, for the sake of convenience, refer to, and later explain, as the "Kaplan view" of what is happening in South Africa. If the delay factor were the only questionable aspect of the decision, I would have no hesitation in saying that the RPD weighed the evidence and exercised its discretion in a way that the Court should not question. However, when taken in conjunction with other aspects of the decision, the RPD's handling of the delay adds to the impression of imbalance and an unreasonable lack of objectivity.

Dans la demande d'asile à l'étude, le permis de travail du demandeur d'asile lui a conféré un statut, jusqu'à son échéance. Il a par la suite tenté d'assurer ou de justifier son séjour au Canada en tentant de se joindre aux Forces armées et en épousant une citoyenne canadienne.

[166] Le permis de travail du défendeur est venu à échéance le 31 décembre 2006. Les tentatives que ce dernier a faites pour s'enrôler dans les Forces armées, ainsi que son mariage avec une citoyenne canadienne en août 2007, ne l'ont pas empêché de présenter une demande d'asile. La SPR a tenu pour avéré que le défendeur « a tenté de se joindre aux Forces armées canadiennes pour éviter d'avoir à retourner en Afrique du Sud ». La SPR a également conclu qu'il s'est marié « en croyant [que son épouse] pourrait l'aider à obtenir la résidence permanente au Canada ». Le mariage a échoué et le défendeur a fini par s'installer ailleurs avant Noël 2008.

[167] Il est donc clair qu'après décembre 2006, le défendeur cherchait activement un moyen de rester au Canada, mais il n'a pas présenté de demande d'asile avant le mois d'avril 2008. Rien n'explique raisonnablement pourquoi une personne désireuse de rester au Canada et cherchant activement un moyen de rester au pays tenterait de se joindre aux Forces armées et de se marier, mais ne songerait pas à demander l'asile. Rien ne donne à penser que le défendeur n'avait pas l'intelligence ou les ressources nécessaires pour se lancer dans la voie d'une demande d'asile s'il estimait qu'il y était véritablement admissible.

[168] À mon avis, il ressort clairement de la décision et du dossier que la SPR a fermé les yeux sur le retard important qu'a pris le défendeur à présenter une demande d'asile parce qu'elle a adhéré à ce que, par souci de commodité, j'appellerai — et j'expliquerai plus tard — le « point de vue des Kaplan » sur ce qui se passe en Afrique du Sud. Si le facteur du retard avait été le seul aspect douteux de la décision, je n'aurais pas hésité à dire que la SPR avait soupesé la preuve et exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière que la Cour ne devrait pas mettre en doute. Cependant, quand on la considère de pair avec d'autres aspects de la décision, la manière dont la SPR a traité le retard ajoute à l'impression de déséquilibre et de manque déraisonnable d'objectivité.

Conclusions about the Respondent's Personal Evidence

[169] In my view, the respondent's personal evidence provides no reasonably acceptable grounds to support his speculative assertions (often prompted by his legal counsel, Mr. Kaplan) that the attacks he suffered were racially motivated (even if mixed with other motives), or that he has a subjective fear of persecution in South Africa. I think the RPD was fully aware of this, which is why so much is made of the other evidence to bolster what was obviously, when the respondent's own evidence is considered, a weak claim for refugee protection. Even accepting as credible the respondent's account of what happened to him (and I do not question the RPD's credibility finding in this regard) there was insufficient objective evidence of racial motivation behind the attacks, or of subjective fear by the respondent, to support the respondent's claim.

[170] This conclusion is supported by the RPD's treatment of the evidence provided by Ms. Lara Kaplan, which obviously played a crucial role in the RPD's decision to grant the respondent refugee status.

The Evidence of Ms. Lara Kaplan

[171] A reading of the decision as a whole reveals that the RPD was captivated by the Kaplan view of what is happening in South Africa generally. This caused the RPD to lose sight of the specifics of the respondent's case and to suspend its objectivity when dealing with general conditions and state protection.

[172] There are a number of revealing comments in the decision that should be mentioned. Before I do that, however, I think a few general comments are in order.

Les conclusions concernant le témoignage personnel du défendeur

[169] À mon avis, le témoignage personnel du défendeur ne comporte aucune preuve raisonnablement acceptable à l'appui de ses affirmations conjecturales (souvent obtenues à l'instigation de son avocat, M^e Kaplan), à savoir que les agressions dont il a été victime étaient motivées par le racisme (même en combinaison avec d'autres mobiles) ou qu'il éprouve une crainte subjective de persécution en Afrique du Sud. Je pense que la SPR en était parfaitement consciente et que c'est pour cela qu'elle insiste autant sur les autres éléments de preuve pour affirmer ce qui était manifestement, au moment où le propre témoignage du défendeur a été pris en considération, une demande d'asile chancelante. Même en acceptant que le récit fait par le défendeur de ce qu'il a subi est digne de foi (et je ne mets pas en doute la conclusion que la SPR a tirée quant à la crédibilité à cet égard), la preuve objective d'une motivation raciste aux agressions, ou d'une crainte subjective du défendeur, est insuffisante pour étayer sa demande d'asile.

[170] Cette conclusion est étayée par la manière dont la SPR a traité du témoignage de M^{me} Lara Kaplan, qui a manifestement joué un rôle crucial dans la décision qu'a prise la SPR de reconnaître au défendeur le statut de réfugié.

Le témoignage de M^{me} Lara Kaplan

[171] Une lecture de la décision dans son ensemble révèle que la SPR a été subjuguée par le point de vue des Kaplan sur ce qui se passe en général en Afrique du Sud, ce qui l'a amenée à perdre de vue les détails de la cause du défendeur et de mettre en suspens son objectivité au moment de traiter de la situation générale du pays et de la protection de l'État.

[172] Il y a dans la décision un certain nombre de commentaires révélateurs qu'il convient de mentionner. Mais auparavant, je crois que quelques remarques d'ordre général s'imposent.

[173] As the RPD [at paragraph 71] makes clear, it regarded the evidence provided by Ms. Lara Kaplan as “the lifeline for the claimant’s claim.”

[174] Lara Kaplan is the sister of Mr. Russell Kaplan, who was the respondent’s counsel before the RPD. It was Mr. Kaplan who decided to call his own sister to bolster the respondent’s claim.

[175] This is very significant because the RPD [at paragraph 70] found as fact that the Kaplan family is “a close-knit one with a deep concern for each other’s welfare.”

[176] This close-knit and mutually concerned family, which includes Mr. Russell Kaplan, the respondent’s counsel, and Ms. Lara Kaplan, the “lifeline for the [respondent’s] claim”, has suffered a horrendous tragedy in South Africa for which its members deserve both my and everyone else’s deepest sympathy. I have no doubt that the family feels devastated by what has happened to a second brother, Robert Kaplan, and by what it sees as happening to the country generally. The RPD [at paragraph 56] acknowledges that both Lara and Russell Kaplan have come to Canada because of what they perceive to be “the reverse apartheid attitude which prevails in that country.”

[177] The depth of the family’s emotion concerning what has happened since apartheid ended in South Africa is more than evident in the excesses of Lara’s testimony.

[178] Lara believes that the horrendous and deplorable attack upon her brother Robert, by black assailants in South Africa occurred because Robert was perceived to be “both white and wealthy.” Quite naturally, Lara is highly emotional about the whole situation. So is her brother Russell, who is the respondent’s counsel. This caused the RPD to comment as follows in its decision [at paragraph 55]:

[173] Comme elle l’indique clairement, la SPR [au paragraphe 72] a considéré le témoignage de M^{me} Lara Kaplan comme le facteur qui « est venu sauver la demande d’asile du demandeur d’asile ».

[174] Lara Kaplan est la sœur de M^e Russell Kaplan, qui représentait le défendeur devant la SPR. C’est M^e Kaplan qui a décidé d’appeler sa propre sœur à témoigner pour donner plus de poids à la demande de son client.

[175] Il s’agit là d’un détail fort important car la SPR [au paragraphe 71] a tenu pour avéré que la famille Kaplan « est très unie et chaque membre se soucie beaucoup du bien-être de l’autre ».

[176] Cette famille unie et dans laquelle chaque membre se soucie du bien-être de l’autre, laquelle inclut M^e Russell Kaplan, l’avocat du défendeur, et M^{me} Lara Kaplan, celle qui « est venue sauver la demande d’asile », a été victime en Afrique du Sud d’une horrible tragédie, pour laquelle ces deux personnes méritent ma plus profonde sympathie et celle de tous les autres. Il ne fait aucun doute dans mon esprit que la famille se sent dévastée par ce qui est arrivé à un deuxième frère, Robert Kaplan, et par le sort que connaît selon elle le pays en général. La SPR [au paragraphe 57] reconnaît que Lara et Russell Kaplan sont venus au Canada à cause de ce qu’ils perçoivent comme « l’espèce d’apartheid inversé qui sévit dans ce pays ».

[177] La vive émotion de la famille à propos de ce qui est survenu en Afrique du Sud depuis la fin de l’apartheid est plus que manifeste dans les excès du témoignage de Lara Kaplan.

[178] Lara Kaplan est d’avis que l’agression horrible et déplorable dont son frère Robert a été victime, aux mains d’agresseurs noirs en Afrique du Sud, est due au fait que Robert était perçu comme « à la fois riche et blanc ». Il est tout naturel que la situation dans son ensemble suscite chez Lara Kaplan de très vifs sentiments. Il en va de même de son frère Russell, qui est l’avocat du défendeur. Cela a amené la SPR à faire le commentaire suivant dans sa décision [au paragraphe 56] :

During the course of her testimony, she [Lara] broke down and cried openly. That was to be expected. What I did not expect was to see counsel, [Russell Kaplan], also break down and cry while she was describing the torture of her brother.

[179] I have to say that I am less surprised than the RPD that Russell Kaplan broke down and cried when reminded of what had happened to his brother. The Kaplan family is, as found by the RPD [at paragraph 70], “a close-knit one with a deep concern for each other’s welfare.”

[180] As indicated in the evidence of Lara Kaplan, the Kaplan family believes that a situation of “reverse apartheid” now exists in South Africa and that the family has suffered horrendously because of it. In other words, and to put it bluntly, Russell Kaplan was not the most objective counsel that the respondent could have chosen, and Ms. Lara Kaplan was not the most objective witness to call to bolster the respondent’s claim for refugee protection. The hearing was obviously—and understandably—highly emotional for them. Naturally they wanted to ensure that the RPD received the Kaplan family version of the situation in South Africa and to demonstrate that what has happened to the respondent supports their interpretation of the general situation there.

[181] This is why, in the end, the respondent’s account of what motivated the attacks and why he failed to inform the police is an ambivalent one. It is part Brandon Huntley’s story and in part the Kaplan family view. This also explains why Mr. Kaplan was a little heavy-handed with his questions and his verbal cues about “racial motivation”. The Kaplan family obviously has a heavy emotional investment in the outcome of this case. They want to assert their view of “reverse apartheid” before the world. I am not saying that Russell and Lara Kaplan were wrong to do this or that their view of the situation in South Africa is unreasonable, but it certainly behoved the RPD to take care in handling the evidence brought forward in this case so that objective fact was clearly distinguished from the highly emotional, even if understandable, views of the Kaplan family.

Au cours de son témoignage, le témoin [Lara] a éclaté en sanglots. C’était prévisible. Ce à quoi je ne m’attendais pas, c’était de voir le conseil du demandeur d’asile, [Russell Kaplan], pleurer aussi pendant qu’elle décrivait la torture qu’avait subie son frère.

[179] Je dois dire que je suis moins surpris que la SPR que Russell Kaplan ait éclaté en sanglots au rappel de ce qui était arrivé à son frère. La famille Kaplan est, comme la SPR l’a conclu [au paragraphe 71], une famille « très unie et chaque membre se soucie beaucoup du bien-être de l’autre ».

[180] Comme l’indique le témoignage de Lara Kaplan, la famille Kaplan croit qu’il existe actuellement en Afrique du Sud un « apartheid inversé » et que la famille en a souffert horriblement. En d’autres termes, et pour dire les choses carrément, Russell Kaplan n’était pas l’avocat le plus objectif que le défendeur aurait pu choisir, et M^{me} Lara Kaplan n’était pas le témoin le plus objectif à appeler pour donner plus de poids à la demande d’asile du défendeur. L’audience a manifestement été très émotive pour eux — et cela se comprend. Bien sûr, ils voulaient s’assurer que la SPR soit mise au courant de la version de la famille Kaplan sur la situation en Afrique du Sud et démontrer que ce qui était arrivé au défendeur étayait leur interprétation de la situation générale dans ce pays.

[181] C’est la raison pour laquelle, en définitive, le récit du défendeur sur les mobiles des agressions et la raison pour laquelle il n’en a pas fait part à la police est ambivalent. Il s’agit en partie du récit de Brandon Huntley et en partie du point de vue de la famille Kaplan. Cela explique également pourquoi M^e Kaplan a été un peu dirigiste dans ses questions et ses indices verbaux au sujet de la [TRADUCTION] « motivation raciste ». De toute évidence, la famille Kaplan a un fort investissement émotif dans l’issue de l’affaire. Elle veut faire valoir devant le reste du monde son point de vue sur l’« apartheid inversé ». Je ne dis pas que Russell et Lara Kaplan ont eu tort de faire cela ou que l’opinion qu’ils ont de la situation en Afrique du Sud est déraisonnable, mais la SPR était certes tenue de traiter avec soin la preuve avancée dans cette affaire de façon à faire une distinction claire

[182] Mr. Galati argues that objectivity was achieved because the RPD's decision clearly distinguishes between a recounting of the evidence that Lara Kaplan gave and the findings of fact that were distilled from that evidence.

[183] Ms. Kaplan witnessed none of the attacks upon the respondent. Her role as a witness was to provide evidence of what had happened to similarly situated persons, including herself, and whether the South African authorities are either able or willing to provide protection to someone in the respondent's position.

[184] I agree with Mr. Galati that the RPD does recite Ms. Kaplan's evidence before it makes its findings of fact based on that evidence. However, a crucial passage occurs at paragraph 71 of the decision:

This witness' [Ms. Kaplan's] evidence was the lifeline for the claimant's claim. She brought to the hearing, from her own personal experience, a vivid and detailed account of what is taking place in South Africa today vis-à-vis the African South Africans and the white South Africans and the indifference of the mainly African South African police force to protect them. White South Africans, she alleges, are no longer welcome in South Africa.

[185] This passage is not without its ambiguities. The final sentence is referred to as an allegation rather than a finding of fact, but the import of the rest of the paragraph cannot be ignored. A "lifeline" is a rope or line for saving or safeguarding life; it is something indispensable for the maintenance and protection of life. All common dictionary definitions define it in similar terms. So what is it in Ms. Kaplan's evidence that was indispensable to save, protect or maintain the respondent's claim? Inevitably, I think the RPD has to mean her "vivid and detailed account of what is taking place in South Africa today vis-à-vis the African South Africans and the white South Africans and the indifference of the mainly African South African police force to protect them."

entre les faits objectifs et les points de vue fort émotifs, même s'ils sont compréhensibles, de la famille Kaplan.

[182] M^e Galati soutient que l'objectivité voulue a été atteinte car la SPR, dans sa décision, fait clairement la distinction entre un compte rendu du témoignage de Lara Kaplan et les conclusions de fait qui se sont dégagées de ce témoignage.

[183] M^{me} Kaplan n'a été témoin d'aucune des agressions dont le défendeur a été victime. Son rôle comme témoin consistait à témoigner de ce qui était arrivé à des personnes se trouvant dans une situation semblable, elle-même incluse, et de dire si les autorités sud-africaines peuvent ou veulent assurer une protection à quelqu'un se trouvant dans la position du défendeur.

[184] Je conviens avec M^e Galati que la SPR relate bel et bien le témoignage de M^{me} Kaplan avant de tirer ses conclusions de fait fondées sur ce témoignage. Cependant, je relève un passage crucial au paragraphe 72 de la décision :

Le témoignage du témoin [M^{me} Kaplan] est venu sauver la demande d'asile du demandeur d'asile. Elle a amené à l'audience un récit poignant et détaillé, tiré de sa propre expérience, narrant ce qui se produit aujourd'hui entre Blancs et Noirs en Afrique du Sud et l'indifférence d'une force policière en majeure partie noire à protéger les Blancs. Les Sud-Africains blancs, selon elle, ne sont plus les bienvenus en Afrique du Sud.

[185] Ce passage présente certaines ambiguïtés. La dernière phrase, est-il dit, est une allégation plutôt qu'une conclusion de fait, mais on ne peut faire abstraction de l'importance du reste du paragraphe. « Sauver » est un geste indispensable à la préservation et à la protection de la vie. Tous les dictionnaires ordinaires définissent ce mot de manière semblable. Quel était donc, dans le témoignage de M^{me} Kaplan, le geste salvateur qui était indispensable pour sauver, protéger ou préserver la demande d'asile du défendeur? Inévitablement, je crois que la SPR doit vouloir dire son « récit poignant et détaillé, tiré de sa propre expérience, narrant ce qui se passe aujourd'hui entre Blancs et Noirs en Afrique du Sud et l'indifférence d'une force policière en majeure partie noire à protéger les Blancs ».

[186] In other words, the RPD is indicating in this passage that the respondent's refugee claim would be dead in the water without the lifeline provided by Ms. Kaplan's evidence. Certainly it could not be maintained on the basis of the respondent's evidence alone or any other evidence before the RPD. Moreover, the lifeline does not consist of what Ms. Kaplan says about the particular attacks suffered by the respondent or his failure to seek state protection; it consists of what she says about what happened to her and her view of the general situation in South Africa. It is clear to me that, at this point in the decision, the RPD has accepted the Kaplan family view of what is happening in South Africa and has decided that this view allows the respondent to claim refugee status in Canada.

[187] The Kaplan family view of "what is taking place in South Africa today vis-à-vis the Black South Africans and the white South Africans and the indifference of the mainly African South African police force to protect them" is a grim view. It is driven by the unquestionably horrendous experiences of Robert Kaplan in particular. Although it is articulated by Lara Kaplan, I do not doubt that it is sincerely held by the whole of the Kaplan family and by many other South Africans. For all I know, it may be entirely accurate. What I have to decide, however, is whether, on the evidence before it, it was reasonable for the RPD to accept the Kaplan family view as supporting the respondent's claim which, in my view and, I believe, in the view of the RPD, could not stand on its own and so required a "lifeline".

[188] In her evidence Ms. Kaplan described incidents that she herself had experienced, incidents suffered by third parties and a general view of the situation in South Africa.

Ms. Kaplan's Personal Experiences

[189] In her evidence, Ms. Kaplan related two specific incidents in which she was personally accosted by black South African men. Neither incident is inherently racist

[186] En d'autres termes, la SPR indique dans cet extrait que la demande d'asile du défendeur aurait été vaine si le témoignage de M^{me} Kaplan n'était pas venu le sauver. Certes, il était impossible de l'accueillir sur la foi du seul témoignage du défendeur ou de n'importe quel autre élément de preuve soumis à la SPR. Par ailleurs, le « geste salvateur » ne se compose pas de ce que dit M^{me} Kaplan sur les agressions particulières dont le défendeur a été victime ou sur le fait qu'il n'a pas sollicité une protection de l'État; il se compose de ce qu'elle dit sur les incidents qu'elle-même a subis et de son opinion sur la situation générale en Afrique du Sud. Il m'apparaît clairement, à ce stade de la décision, que la SPR a souscrit au point de vue de la famille Kaplan sur ce qui se passe en Afrique du Sud et qu'elle a décidé que ce point de vue permettait de reconnaître au défendeur le statut de réfugié au Canada.

[187] Le point de vue de la famille Kaplan sur « ce qui se produit aujourd'hui entre Blancs et Noirs en Afrique du Sud et l'indifférence d'une force policière en majeure partie noire à protéger les Blancs » est sombre. Il est teinté par l'expérience indubitablement horrible qu'a vécue Robert Kaplan en particulier. Même si ce point de vue est exposé par Lara Kaplan, je ne doute pas qu'il est sincèrement partagé par l'ensemble de la famille Kaplan et par de nombreux autres Sud-Africains. Pour autant que je sache, il est peut-être parfaitement exact. Il me faut toutefois décider si, au vu de la preuve soumise, il était raisonnable que la SPR juge que le point de vue de la famille Kaplan étayait la demande d'asile du défendeur qui, selon moi et, je crois, selon la SPR, n'était pas complète en soi et avait donc besoin d'être « sauvée ».

[188] Dans son témoignage, M^{me} Kaplan a décrit des incidents qu'elle a elle-même vécus, des incidents subis par des tiers, ainsi qu'un point de vue général sur la situation en Afrique du Sud.

Les incidents personnels de M^{me} Kaplan

[189] Dans son témoignage, M^{me} Kaplan a relaté deux incidents précis dans lesquels elle a été personnellement accostée par des Sud-Africains noirs. Aucun des deux

in nature. Ms. Kaplan was driving a BMW and was inevitably identified as a prosperous person who might yield money or valuable property.

[190] As regards the August 2008 incident, Ms. Kaplan says she did go to the police:

Q. Oh, you did report that to the police?

A. Yes, and I have the paperwork if you need that.

Q. Okay. I am just curious did the police do anything?

A. No, they never do anything. What police, there is no law and order there, there is no proper police force. It's free reign in South Africa, kill who you want and get away with murder.

Q. Okay. So just before we go on to your other family members I just want to spend a few minutes on this because this is an important part of the case.

A. Right.

Q. You said no they never do anything. Can you just elaborate on that statement?

A. The crime in South Africa is so completely out of control it is anoki (ph), it's in free fall. There are 50 murders a day, that is a busload of people are murdered in South Africa every single day. The police force cannot cope with the amount of crime. Most of the time the police force are corrupt. They are in cahoots with the criminals. They are so poorly paid they get backhands, it's full of fraudulent [*sic*] and corruption and there is no proper police force like there was prior to 1994. They could not handle it even if they wanted to and to be honest I don't think they want to. They don't care, if you are white South African and you report a case it's like, you know, sorry, I'm busy, I'm on my tea break. That's the perception.

n'est en soi raciste. M^{me} Kaplan était au volant d'une BMW et a été forcément identifiée comme une personne prospère auprès de laquelle on pouvait obtenir de l'argent ou des biens de valeur.

[190] En ce qui concerne l'incident survenu en août 2008, M^{me} Kaplan dit qu'elle s'est bel et bien adressée à la police :

[TRADUCTION]

Q. Oh, vous avez signalé l'incident à la police?

R. Oui, et j'ai les papiers pour le prouver si vous en avez besoin.

Q. Très bien. Juste par curiosité, la police a-t-elle fait quoi que ce soit?

R. Non, elle n'a jamais rien fait. Quelle police, il n'y a ni loi ni ordre là-bas, il n'y a pas de force policière à proprement parler. On peut faire ce qu'on veut en Afrique du Sud, tuer qui on veut et s'en tirer impunément.

Q. Très bien. Juste avant de passer aux autres membres de votre famille, je voudrais que l'on parle quelques minutes de cela, parce qu'il s'agit d'un élément important de l'affaire.

R. Très bien.

Q. Vous dites : non, ils ne font jamais rien. Pouvez-vous en dire plus?

R. En Afrique du Sud, la criminalité est à ce point incontrôlée qu'elle est *anoki* (ph), en chute libre. Il se commet cinquante meurtres par jour, c'est l'équivalent d'un autobus plein de gens qui sont assassinés en Afrique du Sud tous les jours. La police ne peut pas faire face à l'ampleur de la criminalité. La plupart du temps, les policiers sont corrompus. Ils sont de mèche avec les criminels. Ils sont si mal payés qu'ils touchent des pots-de-vin, tout est frauduleux et corrompu et il n'y a plus de force policière à proprement parler comme c'était le cas avant 1994. Les policiers ne pourraient pas faire face à la situation même s'ils le voulaient et pour être honnête je ne crois pas qu'ils le veuillent. Ils ne s'en soucient pas, si vous êtes un Sud-Africain blanc et si vous signalez un incident, c'est comme, vous savez, désolé, je suis occupé, c'est l'heure du thé. C'est cela qu'on perçoit.

Q. Why do you say that you don't even think they would even want to?

A. Because they—everybody including the police force seems to believe that if you are a white South African and you are attacked it's because you deserve it. It's coming to you, it's due to you, it's long overdue.

[191] Ms. Kaplan's evidence shows that she relies upon what she perceives to be the general situation in South Africa. We are not told what happened to her particular report of the attack against her and what consequences followed. We are not told if she followed up and attempted to find out what was happening. We are not told if the police did nothing in her case or simply could not trace the perpetrators. The RPD in its decision simply relies upon her general statements and makes no reference to the specifics of her experiences with the police.

[192] As regards the 1997 incident where Ms. Kaplan says that the assailant wanted her vehicle, there is no evidence that she went to the police.

[193] This is not a sufficient objective basis for a finding that the South African police did nothing in Ms. Kaplan's case or that they would not have assisted the respondent had he reported the attacks against him. It is noteworthy that, instead of providing specifics about what happened in her case, Ms. Kaplan takes refuge in general, unsubstantiated assertions about what she sees as the overall situation in South Africa. We are never told what happened, or failed to happen, as a result of her report, or why.

[194] This Court has noted the difficulties faced by the police in investigating and prosecuting random and isolated criminal acts by anonymous individuals. See *Ramirez Tenorio v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 63, at paragraph 25; *Mejia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1180, at paragraph 12; *Syed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 16201, 195

Q. Pourquoi dites-vous que vous ne pensez même pas qu'ils voudraient intervenir?

R. Parce qu'ils... tout le monde, y compris la police, semble croire que, si vous êtes un Sud-Africain blanc et si vous êtes agressé, c'est parce que vous le méritez. Vous avez couru après, et vous le méritez, depuis longtemps.

[191] Il ressort du témoignage de M^{me} Kaplan qu'elle se fonde sur ce qu'elle perçoit comme étant la situation générale en Afrique du Sud. On ne nous dit pas ce qui est arrivé du signalement qu'elle a fait à la police au sujet de l'agression dont elle a été victime, pas plus que les conséquences qui ont suivi. On ne nous dit pas si elle a relancé la police et si elle a tenté de découvrir ce qui se passait. On ne nous dit pas si la police n'a rien fait dans son cas ou si elle ne pouvait tout simplement pas retrouver les agresseurs. Dans sa décision, la SPR s'appuie simplement sur les déclarations générales de M^{me} Kaplan, et ne fait aucune référence aux détails des contacts qu'elle a eus avec la police.

[192] En ce qui concerne l'incident de 1997 dans lequel, dit M^{me} Kaplan, l'agresseur voulait s'emparer de son automobile, il n'y a aucune preuve qu'elle est allée voir la police.

[193] Il n'y a pas de fondement objectif suffisant pour conclure que la police sud-africaine n'a rien fait dans le cas de M^{me} Kaplan ou que la police n'aurait pas aidé le défendeur si ce dernier avait souligné les agressions dont il avait été victime. Il convient de noter qu'au lieu de fournir des détails sur ce qui s'est passé dans son cas, M^{me} Kaplan se retranche derrière des affirmations générales et non corroborées sur ce qu'est, selon elle, la situation générale en Afrique du Sud. On ne nous dit jamais ce qui s'est passé, ou non, à la suite de son signalement, ni pourquoi.

[194] La Cour a pris acte des difficultés auxquelles se heurte la police quand elle fait enquête sur des actes criminels aléatoires et isolés commis par des individus anonymes et quand elle les poursuit. Voir *Ramirez Tenorio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 63, au paragraphe 25; *Mejia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1180, au paragraphe 12; *Syed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté*

F.T.R. 39 (F.C.T.D.), at paragraphs 17–18; *Danquah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 832, at paragraph 22.

[195] In *Smirnov v. Canada (Secretary of State)*, [1995] 1 F.C. 780 (T.D.), at page 786, the Court pointed out that it is a “reality of modern-day life that protection offered is sometimes ineffective” and that anonymous harassment and random assaults are difficult to investigate and protect against:

In all such circumstances, even the most effective, well-resourced and highly motivated police forces will have difficulty providing effective protection. This Court should not impose on other states a standard of “effective” protection that police forces in our own country, regrettably, sometimes only aspire to.

[196] It is also noteworthy that the RPD does not make a finding that Ms. Kaplan went to the police as a basis for its decision. The respondent says that I must make a careful distinction between the RPD’s recitation of Ms. Kaplan’s evidence and the findings which are the basis of the decision. Following this advice, I have to say that there is no finding that Ms. Kaplan went to the police although there is a recitation of her evidence to that effect.

Ms. Kaplan’s Account of Third-Party Attacks

[197] Ms. Kaplan also provided evidence as to what had happened to her brother Robert. Robert suffered appalling torture at the hands of black assailants in his own home. He was tied up, tortured, stabbed nine times, shot in the chest three times, burned with a hot iron and left for dead. He survived the open-heart surgery to remove the bullets from his chest. He continues to live in South Africa with his father, who has fortified their living quarters to provide some protection. Another brother, David, has installed an electric fence around his home in South Africa, but there is no evidence that he had been attacked. Ms. Kaplan believes that both she and Robert were targeted because they were perceived as wealthy and white.

et de l’Immigration), 2000 CanLII 16201 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 17 et 18; *Danquah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 832, au paragraphe 22.

[195] Dans la décision *Smirnov c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1995] 1 C.F. 780 (1^{re} inst.), à la page 786, la Cour fait remarquer que c’est une « réalité moderne que la protection offerte est parfois inefficace » et que les incidents de harcèlement ou d’agression aléatoire rendent difficiles toute enquête et toute protection :

Dans de tels cas, même la police la plus efficace, la mieux équipée et la plus motivée aura de la difficulté à fournir une protection efficace. Notre Cour ne devrait pas imposer à d’autres pays une norme de protection « efficace » que malheureusement la police de notre propre pays ne peut parfois qu’ambitionner d’atteindre.

[196] Il vaut aussi la peine de mentionner que la SPR ne conclut pas que M^{me} Kaplan est entrée en contact avec la police comme fondement de sa décision. Le défendeur dit que je dois bien prendre soin de faire la distinction entre le récit que fait la SPR du témoignage de M^{me} Kaplan et les conclusions sur lesquelles repose la décision. Conformément à ce conseil, il me faut dire qu’il n’est pas conclu que M^{me} Kaplan s’est adressée à la police, même si cela est dit dans son témoignage.

Le récit fait par M^{me} Kaplan d’agressions contre des tiers

[197] M^{me} Kaplan a aussi parlé de ce qui est arrivé à son frère Robert. Ce dernier a été atrocement torturé par des agresseurs noirs dans sa propre maison. Il a été ligoté, torturé, poignardé à neuf reprises, tiré à trois reprises à la poitrine, brûlé au fer chaud et laissé pour mort. Il a survécu à l’intervention chirurgicale à cœur ouvert qu’il dut subir pour faire retirer les balles logées dans la poitrine. Il vit toujours en Afrique du Sud en compagnie de son père, qui a fortifié leur logement afin de bénéficier d’une certaine protection. Un autre frère, David, a fait installer une clôture électrifiée autour de sa maison en Afrique du Sud, mais il n’y a aucune preuve qu’il a été agressé. M^{me} Kaplan croit que Robert et elle ont été pris pour cible parce qu’ils étaient perçus comme riches et blancs.

[198] Mr. Galati points out that, surely, when white people are tortured in such a horrendous way by black assailants the motives for the attack have to be more than robbery. The viciousness of the treatment meted out to the victim suggests racial revenge and hatred. It seems to me that to assess this argument properly it would be necessary to review evidence concerning what happens to black victims of crime in South Africa when they are assaulted and robbed either by black or white assailants. On the evidence of what happened to Robert, it is not possible to say whether the viciousness of the attack had a racial basis or whether certain human beings are just sadistic enough to enjoy mutilating and killing. Viciousness and sadism during the commission of a crime are not necessarily concomitant with racial hatred.

[199] It might be different if Robert had been targeted simply because he was white and there was no other purpose for breaking into his house than to torture and kill him because he was white.

[200] In any event, the respondent was not tortured and sadistically abused in a way that has had a detrimental effect upon his health. He has been stabbed and cut various times but there is no objective evidence in my view to support a racial component to what he had suffered. A *BBC News* report entitled “South Africa’s crime crisis” reveals that black South Africans are also the victims of violent crime. It is not only white South Africans who are murdered.

[201] Ms. Kaplan also recounted stories about what had happened to her friend, Liza Chinn, who was attacked by a black South African while she was out jogging. The man attempted to rape her but did not succeed. There is no objective evidence, however, to suggest that the attempted rape was racially motivated.

[202] Ms. Kaplan also had received a fax from her cousin, Liz Marcus, describing how one of her friends was shot to death by black robbers while waiting for his son to finish soccer training at a park. Ms. Marcus

[198] M^e Galati fait remarquer que, lorsque des Blancs sont torturés de manière si horrible par des agresseurs noirs, il va sans dire que les mobiles de l’agression vont certainement plus loin que le vol qualifié. La brutalité du traitement infligé à la victime dénote l’existence d’une haine et d’une vengeance racistes. Il me semble que, pour évaluer convenablement cet argument, il faudrait examiner les preuves relatives au sort que subissent les Noirs victimes de la criminalité en Afrique du Sud quand ils sont agressés et volés par des individus noirs ou blancs. Selon la preuve de ce qui est arrivé à Robert Kaplan, il est impossible de dire si la brutalité de l’agression avait un fondement raciste ou si certains êtres humains sont juste assez sadiques pour prendre plaisir à mutiler et à tuer. La brutalité et le sadisme dont une personne fait preuve en commettant un crime ne sont pas nécessairement liés à une haine raciste.

[199] Les choses pourraient être différentes si Robert Kaplan avait été ciblé juste parce qu’il était blanc et si la seule raison pour s’introduire par effraction dans sa maison était de le torturer et de le tuer en raison de la couleur de sa peau.

[200] Quoi qu’il en soit, le défendeur n’a pas été torturé ni traité sadiquement d’une manière qui a eu un effet préjudiciable sur sa santé. Il a été poignardé et tailladé diverses fois, mais il n’y a selon moi aucune preuve objective qui étaye l’existence d’un élément raciste dans ce qu’il a vécu. Selon un reportage de *BBC News* intitulé « South Africa’s crime crisis », les Sud-Africains noirs sont eux aussi victimes de crimes violents. Les Sud-Africains blancs ne sont pas les seuls à être assassinés.

[201] M^{me} Kaplan a également relaté un incident qu’a vécu son amie, Liza Chinn, agressée par un Sud-Africain noir pendant qu’elle faisait du jogging en plein air. L’individu a tenté de la violer, mais sans succès. Aucune preuve objective ne donne toutefois à penser que la tentative de viol avait un mobile raciste.

[202] M^{me} Kaplan a également reçu une télécopie de sa cousine, Liz Marcus, décrivant comment l’un de ses amis a été abattu par des voleurs noirs pendant qu’il attendait la fin de l’entraînement de soccer de son fils dans

reported that the black men were trying to rob a woman of her cellular phone and, for no reason, shot Ms. Marcus's friend in the neck as they ran past him, simply because he was white. There is no objective evidence to support this conclusion or to explain how Ms. Marcus knew that her friend was shot simply because he was white. Random killings occur in Canada, and there is no reason to think that they must inevitably be racially motivated.

[203] Once again, horrendous as the stories related by Ms. Kaplan are, there is nothing, in my view, to suggest an obvious racial motivation. Ms. Kaplan's opinions on what prompted the crimes recounted are simply her opinions and these opinions are driven by what has happened to her and to her family and the conclusions that she and her family have come to about what is taking place generally in South Africa. As I read the decision, these are views that the RPD accepted and which became the "lifeline" for the respondent's refugee claim.

Ms. Kaplan's General Views

[204] Ms. Kaplan's general views are recounted by the RPD in its decision. Ms. Kaplan, according to the RPD, holds the following views about what is taking place in South Africa:

1. She believes that black South Africans hate white South Africans for historical reasons and that "all" whites are regarded as being equally responsible for apartheid and that "we should be eradicated and stomped on like an ant" [at paragraph 45];
2. She describes the present situation as being "reverse apartheid, which is in 200 percent of all the minds of white South Africans" [at paragraph 46];
3. She believes that all whites in South Africa feel the hatred of black South Africans towards them;

un parc. M^{me} Marcus a rapporté que les individus noirs essayaient de voler le téléphone cellulaire d'une autre femme et que, en passant devant eux en courant, ils ont abattu son ami d'une balle dans le cou, juste parce qu'il était blanc. Il n'y a aucune preuve objective qui étaye cette conclusion ou qui explique comment M^{me} Marcus savait que son ami avait été abattu simplement parce qu'il était blanc. Le Canada a aussi sa part de meurtres gratuits et il n'y a pas lieu de croire qu'ils sont forcément motivés par le racisme.

[203] Une fois de plus, aussi horribles que soient les incidents relatés par M^{me} Kaplan, il n'y a rien, à mon avis, qui donne à penser à l'existence d'une motivation raciste évidente. Les opinions de M^{me} Kaplan sur ce qui a déclenché les crimes relatés ne sont que ses opinions à elle, et ces dernières sont subordonnées aux incidents que sa famille et elle ont vécus ainsi qu'aux conclusions que sa famille et elle en sont venues à tirer sur ce qui se passe généralement en Afrique du Sud. Selon ma lecture de la décision, il s'agit là d'opinions auxquelles la SPR a adhéré et qui ont permis de « sauver » la demande d'asile du défendeur.

Les opinions générales de M^{me} Kaplan

[204] Dans sa décision, la SPR relate les opinions générales de M^{me} Kaplan qui, d'après la SPR, pense ce qui suit au sujet de la situation actuelle en Afrique du Sud :

1. elle croit que les Sud-Africains noirs haïssent les Sud-Africains blancs pour des raisons historiques et que « tous » les Blancs sont considérés comme responsables de façon égale de l'apartheid et que « [TRADUCTION] "nous devrions être éradiqués et écrasés comme des fourmis" » [au paragraphe 45];
2. elle qualifie la situation actuelle d'« [TRADUCTION] "apartheid inversé, qui se retrouve dans 200 p. 100 des esprits de tous les Sud-Africains blancs" » [au paragraphe 46];
3. elle croit que tous les Blancs en Afrique du Sud sentent la haine des Sud-Africains noirs à leur endroit;

4. She believes that black South Africans have “no regard” for the lives of white South Africans and that South African society is “brutal” [at paragraph 47];

5. She believes that most crimes in South Africa are committed by black South Africans against white South Africans;

6. She believes that the police will do nothing about the crimes committed against white South Africans;

7. She believes that the mainly black South African police are “corrupt” and are “in cahoots” with black criminals [at paragraph 49];

8. She believes that the police will not help white South Africans because the whites deserve what is happening to them for historical reasons and that, in the words of the RPD, “It is ‘payback time for the blacks’” [at paragraph 49];

9. She believes that what is happening to whites in South Africa at the hands of black South Africans is some kind of genocide;

10. She believes that since the end of apartheid the South African government has adopted and promoted policies aimed at replacing white South Africans with black South Africans in positions of influence and power.

[205] Contrary to what the RPD says in paragraph 71 of its decision, Ms. Kaplan’s evidence does not provide “a vivid and detailed account of what is taking place in South Africa today” based upon “her own personal experience”.

[206] Ms. Kaplan’s personal experience is extremely limited, and it can hardly be said to equate to the respondent’s experiences. Ms. Kaplan has personally experienced two incidents that do not provide objective evidence of racial motivation, and she recounts stories of a few other people, none of which can reasonably be said to contain a racial dimension in terms of the

4. elle croit que les Sud-Africains noirs n’ont aucun égard pour la vie des Sud-Africains blancs et que la société sud-africaine est « [TRADUCTION] “brutale” » [au paragraphe 47];

5. elle croit qu’en Afrique du Sud la plupart des crimes sont commis par des Sud-Africains noirs contre des Sud-Africains blancs;

6. elle croit que la police ne fera rien au sujet des crimes commis contre les Sud-Africains blancs;

7. elle croit que la police sud-africaine, principalement composée de Noirs, est « corrompue » et « de mèche » avec les criminels noirs [au paragraphe 49];

8. elle croit que la police n’aidera pas les Sud-Africains blancs parce que les Blancs méritent ce qui leur arrive pour des raisons historiques et que, comme l’indique la SPR, « [TRADUCTION] “c’est le moment pour les Noirs de se venger” » [au paragraphe 49];

9. elle croit que le sort que connaissent les Blancs en Afrique du Sud aux mains des Sud-Africains noirs est une forme de génocide;

10. elle croit que depuis la fin de l’apartheid le gouvernement sud-africain a adopté et favorisé des politiques qui visent à remplacer les Sud-Africains blancs par des Sud-Africains noirs à des postes d’influence et de pouvoir.

[205] Contrairement à ce que dit la SPR au paragraphe 72 de sa décision, le témoignage de M^{me} Kaplan n’est pas « un récit poignant et détaillé [sur] ce qui se produit aujourd’hui en Afrique du Sud » en se basant sur « sa propre expérience ».

[206] L’expérience personnelle de M^{me} Kaplan est fort restreinte, et on peut difficilement dire qu’elle équivaut aux incidents que le défendeur a vécus. M^{me} Kaplan a personnellement été victime de deux incidents qui n’offrent pas une preuve objective de motivation raciste, et elle relate les récits de quelques autres personnes, des récits dont on ne peut pas dire raisonnablement qu’ils

motivation for the crimes that were committed against white victims.

[207] So Ms. Kaplan's "vivid and detailed account of what is taking place in South Africa today vis-à-vis the African South Africans and the white South Africans and the indifference of the mainly African South African police force to protect them" can only tenuously be connected to her own personal experiences. Her account is little more than a personal view propagated from within a prosperous and successful white South African family that, since the end of apartheid, finds the "good life" they lived before 1994 not as good as it was and that regards affirmative action as a form of "reverse apartheid".

[208] In other words, Ms. Kaplan's view is highly partial and based upon her membership in a particular racial and socio-economic class. Notwithstanding Robert's brutal experiences, the evidence shows that the Kaplan family remain prosperous and successful. They have the power and the wealth to decide whether to remain in South Africa (Robert and his father have) or to make successful careers for themselves abroad. Most black South Africans remain poor and have no choice but to remain in South Africa and to face on a daily basis the rampant crime to which the objective documentation says they are subjected. This does not mean that Lara Kaplan's views cannot be accurate. Reasonably speaking, however, they cannot be relied upon by the RPD to provide a "lifeline" to the respondent's refugee claim because her personal experiences provide no objective basis for her general opinions, and her general opinions need to be tested against impartial and objective evidence.

[209] In this respect, then, the RPD's conclusions regarding the value of Ms. Kaplan's evidence are unreasonable and the "lifeline" use that it makes of her evidence to support the respondent's refugee claim is equally unreasonable. A similar lack of objectivity can be found in the RPD's treatment of the documentary evidence.

comportent une dimension raciste, relativement à la motivation des crimes qui ont été commis contre des victimes blanches.

[207] C'est donc dire que le « récit poignant et détaillé, tiré de sa propre expérience, narrant ce qui se produit aujourd'hui entre Blancs et Noirs en Afrique du Sud et l'indifférence d'une force policière en majeure partie noire à protéger les Blancs » de M^{me} Kaplan ne peut avoir qu'un lien ténu avec ce qu'elle a personnellement vécu. Ce récit est à peine plus que le point de vue personnel propagé par une famille sud-africaine blanche prospère qui, depuis la fin de l'apartheid, trouve que la [TRADUCTION] « bonne vie » qu'elle vivait avant 1994 ne l'est plus autant et qui considère les mesures d'action positive comme une forme d'« apartheid inversé ».

[208] En d'autres mots, le point de vue de M^{me} Kaplan est hautement partial et fondé sur son appartenance à une classe raciale et socioéconomique particulière. Indépendamment du sort brutal qu'a connu Robert Kaplan, la preuve démontre que la famille Kaplan demeure prospère et qu'elle a du succès. Ses membres ont le pouvoir et les ressources financières nécessaires pour décider s'il faut rester en Afrique du Sud (Robert et son père l'ont fait) ou se lancer dans une carrière fructueuse à l'étranger. La plupart des Sud-Africains noirs sont pauvres et n'ont pas d'autre choix que de rester en Afrique du Sud et de faire face quotidiennement à la criminalité endémique à laquelle, dit la documentation objective, ils sont soumis. Cela ne veut pas dire que les opinions de Lara Kaplan sont inexactes. D'un point de vue raisonnable, cependant, la SPR ne peut pas se fonder sur elles pour « sauver » la demande d'asile du défendeur car les expériences qu'elle a personnellement vécues n'offrent aucun fondement objectif à ses opinions générales, et ces dernières doivent être confrontées à des éléments de preuve impartiaux et objectifs.

[209] À cet égard, les conclusions que la SPR a tirées au sujet de la valeur du témoignage de M^{me} Kaplan sont donc déraisonnables et il est tout aussi déraisonnable de se servir de son témoignage pour « sauver » la demande d'asile du défendeur. On relève un manque semblable d'objectivité dans la façon dont la SPR a traité la preuve documentaire.

The Documentary Evidence

[210] In reviewing the documentary evidence, the RPD refers to South Africa's affirmative action policy or Black Economic Empowerment (BEE). It is not clear whether the RPD regards this as a form of racial persecution against white people. The RPD comments as follows [at paragraph 113]:

The new phenomena [*sic*] of white poverty is often blamed on the government's Affirmative Action legislation, which reserves 80 percent of new jobs for blacks and favours black-owned companies (i.e. BEE).

[211] I do not see what this has to do with the physical threats that form the basis of the respondent's refugee claim, except that it appears to confirm that the respondent's real purpose in coming to Canada was to find a job. Nor do I see any evidence that this kind of affirmative action policy could be regarded as a form of, or even evidence of, persecution in a country faced with the gargantuan task of rectifying the racial, social and economic inequities of the apartheid era.

[212] The RPD [at paragraph 93] also refers to documentation about the killing of "mostly white farm owners by black assailants" that has created a concern "among white farmers that they [are] being targeted for racial and political reasons". Given the situation in Zimbabwe, this concern by white South African farmers is entirely understandable, but that issue was not before the RPD and it is not before me. The respondent is not a farmer. He claims to be a poor white South African. Evidence that some white South African farmers have been targeted is not evidence that all white South Africans are being targeted or that the respondent has been, or may be, targeted for racial reasons.

[213] The balance of the documents referred to by the RPD were drawn from Mr. Kaplan's "Index of Documents." The RPD refers to these documents as "reports", but they are personal and somewhat

La preuve documentaire

[210] En passant en revue la preuve documentaire, la SPR fait référence à la politique d'action positive de l'Afrique du Sud ou au Black Economic Empowerment (BEE) (Émancipation économique des Noirs). Il n'est pas clair si la SPR considère cela comme une forme de persécution raciale à l'endroit des Blancs. La SPR fait le commentaire suivant [au paragraphe 114] :

Le nouveau phénomène de la pauvreté des Blancs est souvent attribué à la loi établissant l'action positive, qui réserve 80 p. 100 des nouveaux emplois aux Noirs et favorise les entreprises dont les propriétaires sont noirs (p. ex. le BEE).

[211] Je ne vois pas ce que cela a à voir avec les menaces physiques qui constituent le fondement de la demande d'asile du défendeur, sauf que ce commentaire semble confirmer que le véritable but de la venue du défendeur au Canada était la recherche d'un emploi. Je ne vois pas non plus une preuve que ce genre de politique d'action positive puisse être considérée comme une forme, voire une preuve, de persécution dans un pays confronté à la tâche colossale de corriger les inéquités raciales, sociales et économiques de l'époque de l'apartheid.

[212] La SPR [au paragraphe 94] fait également référence à des documents portant sur l'assassinat de « propriétaires de ferme principalement blancs par des agresseurs noirs » qui a fait naître la crainte « chez les fermiers blancs qu'ils étaient ciblés pour des raisons raciales et politiques ». Compte tenu de la situation au Zimbabwe, cette inquiétude des fermiers sud-africains blancs est parfaitement compréhensible, mais cette question n'était pas soumise à la SPR et elle ne l'est pas à moi non plus. Le défendeur n'est pas fermier. Il dit être un Sud-Africain blanc pauvre. Une preuve qu'un certain nombre de fermiers sud-africains blancs ont été pris pour cible n'est pas une preuve que tous les Sud-Africains blancs sont pris pour cible ou que le défendeur a été, ou peut être, ciblé pour des motifs racistes.

[213] Le reste des documents auxquels la SPR fait référence sont tirés de l'« index des documents » de M^e Kaplan. La SPR qualifie ces derniers de « rapports », mais il s'agit de documents personnels et quelque

idiosyncratic pieces that, as might be expected, are submitted to support the Kaplan family view of the general situation for whites in South Africa. There is nothing unreasonable about the Board considering these so-called “reports,” but the RPD does not reveal an awareness of the highly personal and partisan nature of these documents; nor does it balance them with a review of more objective and authoritative reports of the current state of affairs in South Africa in so far as they relate to the respondent’s refugee claim.

[214] Mr. Galati has helpfully referred me to various passages in the documentation which he believes provide a reasonable, objective basis for the RPD’s findings regarding the race-based risks faced by the respondent and the inability and/or unwillingness of the South African authorities to provide adequate protection to poor white South Africans such as the respondent.

[215] There is no doubt that these documents can be used to portray a grim picture of racial persecution against white South Africans which the state can do nothing about or, in some cases, that the state actively encourages. However, I think it is important to bear in mind the nature of the documentation to which the RPD itself refers in order to support its positive decision. Consideration of the documentation occurs in paragraphs 95 to 116 of the decision.

[216] When these paragraphs are viewed together we can see which aspects of the documentation were used by the RPD for its final findings of fact:

a. Paragraph 104: The RPD quotes from an article asserting that the ANC’s “policies of Affirmative Action ... have destroyed many businesses and jobs, leading to an exodus of skills and expertise.” In my view, this has nothing to do with the respondent’s claim for refugee status. There is no evidence that affirmative action and BEE are a form of persecution. The persecution relied upon by the respondent is physical violence against which the state cannot or will not protect him. The

peu taillés sur mesure qui, comme on pourrait s’y attendre, ont pour but d’étayer l’opinion qu’a la famille Kaplan de la situation générale des Blancs en Afrique du Sud. Il n’y a rien de déraisonnable à ce que la Commission prenne en considération ces présumés « rapports », mais la SPR ne révèle pas qu’elle est consciente de la nature hautement personnelle et partisane de ces documents, pas plus qu’elle ne les met en balance avec une revue de rapports plus objectifs et faisant davantage autorité sur la situation actuelle en Afrique du Sud, dans la mesure où ils ont trait à la demande d’asile du défendeur.

[214] M^e Galati m’a utilement renvoyé à divers passages figurant dans la documentation et qui, à son avis, offrent un fondement objectif et raisonnable aux conclusions que la SPR a tirées à propos des risques à caractère racial que courait le défendeur et l’incapacité ou le manque de volonté des autorités sud-africaines à assurer une protection convenable aux Sud-Africains blancs démunis, comme l’est le défendeur.

[215] Il ne fait aucun doute que ces documents peuvent servir à brosser un sombre tableau de la persécution raciale exercée contre les Sud-Africains blancs contre laquelle l’État ne peut rien faire ou, dans certains cas, que l’État encourage activement. Cependant, je crois qu’il est important de garder à l’esprit la nature de la documentation à laquelle la SPR se réfère elle-même pour étayer sa décision favorable. L’examen de la documentation est fait aux paragraphes 96 à 117 de la décision.

[216] Lorsqu’on considère ensemble ces paragraphes, il est possible de discerner de quels aspects de la documentation la SPR s’est servie pour ses conclusions de fait finales :

a. paragraphe 105 : la SPR cite un article dont l’auteur affirme que « [l]es politiques d’action positive [du Congrès national africain] ont détruit de nombreuses entreprises et fait perdre beaucoup d’emplois, ce qui a causé un exode des habiletés et de l’expertise. » À mon avis, cela n’a rien à voir avec la demande d’asile du défendeur. Il n’y a aucune preuve que la politique d’action positive et le BEE sont une forme de persécution. La persécution sur laquelle le défendeur se fonde est une

respondent portrays himself as a “poor” white South African. He worked as a bartender (1998–2001), a cleaner, a parking lot attendant and a technician in South Africa and came to Canada as a carnival worker. It is difficult to see what his refugee claim has to do with the destruction of “businesses and jobs” and “an exodus of skills and expertise”;

b. Paragraphs 105–106: The RPD relies upon this article for its references to “police corruption and the chance if you report such corruption to another police officer, of ever seeing daylight again.” Whether the respondent and Ms. Kaplan have ever been the victims of police corruption is unclear. The respondent has never reported any of the attacks made against him to the police and, although Ms. Kaplan says she reported one attack made against her, it is not made clear why there may have been no police response. The respondent’s principal concern about reporting was that prosecutions in South Africa take a long time. We are not told by the RPD how corruption relates to the treatment of race-based crime;

c. Paragraphs 107–108: The RPD relies upon this document to show that the hijacking of vehicles is prevalent in South Africa, and the document “gives instructions how to avoid them and how to recognize what is a suspicious vehicle or person.” There is no indication as to why the RPD considered the hijacking of vehicles as relevant to racial violence suffered by the respondent or to state protection issues;

d. Paragraphs 109–110: The RPD refers to this document because it comments on “the wave of attacks targeting foreigners near Johannesburg and of people set alight by angry mobs who roamed townships looking for foreigners and looting their shops and homes.” This article, in fact, is about violence against black migrant workers who came from other African states. The respondent and Ms. Kaplan do not claim to have suffered

violence physique contre laquelle l’État ne peut pas ou ne voudra pas le protéger. Le défendeur se qualifie lui-même de Sud-Africain blanc « pauvre ». Il a travaillé comme barman (1998 à 2001), nettoyeur, préposé au stationnement et technicien en Afrique du Sud et il est venu au Canada comme préposé de parc d’attractions. Il est difficile de voir le lien que peut avoir sa demande d’asile avec la disparition « de nombreuses entreprises et [de] beaucoup d’emplois » et « un exode des habiletés et de l’expertise »;

b. paragraphes 106 et 107 : la SPR se fonde sur cet article pour les références qu’elle fait à « la corruption policière et les chances de s’en sortir sain et sauf si l’on signale cette corruption à un autre agent de police ». Il n’est pas clair si le défendeur et M^{me} Kaplan ont déjà été victimes de corruption policière. Le défendeur n’a jamais signalé à la police l’une quelconque des agressions dont il a été victime et, même si M^{me} Kaplan dit qu’elle a rapporté l’une des agressions commises à son endroit, on n’indique pas clairement pourquoi il n’y a peut-être pas eu de réaction de la part de la police. Le principal souci qu’avait le défendeur au sujet du fait de signaler un incident était qu’en Afrique du Sud les poursuites durent longtemps. La SPR ne nous dit pas quel est le lien entre la corruption et le traitement des crimes à caractère raciste;

c. paragraphes 108 et 109 : la SPR se fonde sur ce document pour démontrer que le détournement de véhicules est une pratique répandue en Afrique du Sud, et le document « donne des instructions sur la façon d’y échapper et de reconnaître une personne ou un véhicule suspect ». Rien n’indique pourquoi la SPR a considéré que le détournement de véhicules était pertinent à l’égard de la violence raciale que le défendeur a subie ou des problèmes de protection de l’État;

d. paragraphes 110 et 111 : la SPR se reporte à ce document parce que son auteur commente la « vague d’attaques ciblant des étrangers près de Johannesburg et signale que des gens ont été brûlés par une foule en colère qui ratisait les cités à la recherche d’étrangers afin de piller leurs commerces et leurs maisons ». En fait, cet article traite de la violence commise à l’endroit des travailleurs migrants noirs issus d’autres États africains. Le défendeur

violence as black migrant foreign workers. They are both white South Africans who say they have been attacked because they are white;

e. Paragraphs 111–112: The RPD makes use of this document for its guidance as to who is regarded as a “white South African”. This is not an issue in the present case. There is no doubt that the respondent and Ms. Kaplan are white South Africans.

[217] So when the RPD’s reliance, as expressed in the decision, is examined, I think it has to be said that, apart from the police corruption issue, it is difficult to see what relevance that reliance has for the respondent’s refugee claim of having suffered racially motivated violence at the hands of black attackers against which the state could not, or would not, protect him. Even with respect to police corruption, it is difficult to see how this can apply to the facts of the respondent’s case.

[218] The RPD then goes on to make some general statements based upon, presumably, its reading of the documentation:

a. Paragraph 113: “The new phenomena [*sic*] of white poverty is often blamed on the government’s Affirmative Action legislation, which reserves 80 percent of new jobs for blacks and favours black-owned companies (i.e. BEE).” Affirmative action and its consequences for white South Africa is what appears to lie behind the complaints of the respondent and Ms. Kaplan. They do not think affirmative action is fair to white people. The respondent came to Canada to work and find a better life. Ms. Kaplan came to Canada to continue “the good life” her family had enjoyed in South Africa before the end of apartheid. None of this has anything to do with the refugee claim in this case, but it does reveal, in my view, that the RPD has become sidetracked by irrelevancies;

et M^{me} Kaplan ne prétendent pas avoir été victimes de violence en tant que travailleurs étrangers migrants noirs. Ils sont tous deux des Sud-Africains blancs qui disent avoir été agressés parce qu’ils sont blancs;

e. paragraphes 112 et 113 : la SPR se sert de ce document comme guide pour déterminer quel est le type de personne que l’on considère comme un « Sud-Africain blanc ». Cela n’est pas un point en litige en l’espèce. Il ne fait aucun doute que le défendeur et M^{me} Kaplan sont des Sud-Africains blancs.

[217] Par conséquent, quand on examine ce sur quoi se fonde la SPR, d’après ce qu’on peut lire dans la décision, je crois qu’il convient de dire qu’à part le problème de la corruption policière, il est difficile de voir ce que cela a de pertinent pour la demande d’asile du défendeur, qui dit avoir été victime d’une violence à caractère raciste aux mains d’agresseurs noirs contre lesquels l’État ne pouvait pas, ou ne voulait pas, le protéger. Même en ce qui concerne la corruption policière, il est difficile de voir comment celle-ci peut s’appliquer aux faits dont il est question dans la cause du défendeur.

[218] La SPR fait ensuite un certain nombre d’énoncés généraux qui reposent, vraisemblablement, sur son interprétation de la documentation :

a. paragraphe 114 : « Le nouveau phénomène de la pauvreté des Blancs est souvent attribué à la loi établissant l’action positive, qui réserve 80 p. 100 des nouveaux emplois aux Noirs et favorise les entreprises dont les propriétaires sont noirs (p. ex. le BEE). » L’action positive et ses conséquences pour l’Afrique du Sud blanche sont ce qui semble sous-tendre les doléances du défendeur et de M^{me} Kaplan. Les deux ne pensent pas que l’action positive est équitable pour les Blancs. Le défendeur est arrivé au Canada pour travailler et trouver une vie meilleure. M^{me} Kaplan est arrivée au Canada pour poursuivre [TRADUCTION] « la bonne vie » que sa famille avait connue en Afrique du Sud avant la fin de l’apartheid. Rien de cela n’a quelque chose à voir avec la demande d’asile du défendeur, mais cela révèle toutefois, selon moi, que la SPR a été déviée de sa route par des éléments peu pertinents;

b. Paragraph 114: This paragraph deals with the plight of white farmers in South Africa: “close to 2,000 farmers have been murdered in tens of thousand [sic] farm attacks in South Africa, many brutally tortured and slashed or raped. Some victims have been burned with smoothing irons or had boiling water poured down their throats. This type of torture is consistent with the torture received by the witness’ brother [Robert].” These are indeed horrendous and disturbing statistics but their relevance for the respondent’s refugee claim is tenuous at best. The farmers are white and the respondent is white, but he is not a farmer and he will not be going back to South Africa as a farmer. Robert Kaplan has the means to continue living in South Africa, even if he has chosen to protect himself inside a domestic fortress. The respondent is a poor white South African who was born in Cape Town but who has most recently lived in Pringle Bay;

c. Paragraph 116: “However, white South Africans in predominantly wealthy white suburbs have been affected by the 2008 13.5 percent rise in house robberies and associated crime.” So crime is on the rise in South Africa and even wealthy white South Africans are feeling the effect. The evidence reveals that black South Africans are feeling it too. The fact that crime is on the rise and is an endemic and serious problem is not disputed in this claim. In my view, however, that fact tells us nothing about whether the respondent and/or Ms. Kaplan were attacked for being white, or whether the state can or will protect the respondent.

[219] Respondent’s counsel correctly pointed out to me at the review hearing that it is not my job to reweigh evidence or to re-decide the decision. My job is to judicially review the RPD’s decision and decide whether it falls within a “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” as directed by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*, above [at paragraph 47], and related cases. However, the necessary correlative to this position must also

b. paragraphe 115 : ce paragraphe traite de la situation difficile des fermiers blancs en Afrique du Sud : « environ 2 000 fermiers ont été assassinés lors de dizaines de milliers d’attaques contre des fermes en Afrique du Sud, de nombreuses personnes ayant été brutalement torturées, poignardées ou violées. Certaines victimes ont été brûlées avec des fers lisseurs ou se sont fait verser de l’eau bouillante dans la gorge. Ce type de torture ressemble à celle qu’a subie le frère du témoin, [Robert]. » Il s’agit effectivement de statistiques horribles et troublantes, mais la pertinence qu’elles peuvent avoir pour la demande d’asile du défendeur est ténue, c’est le mieux que l’on puisse dire. Les fermiers sont blancs et le défendeur est blanc, mais ce dernier n’est pas fermier et il ne va pas retourner en Afrique du Sud comme fermier. Robert Kaplan a les moyens de continuer à vivre en Afrique du Sud, même s’il a décidé de se protéger en vivant dans une forteresse. Le défendeur est un Sud-Africain blanc pauvre qui est né au Cap mais qui, tout récemment, vivait à Pringle Bay;

c. paragraphe 117 : « Cependant, les Sud-Africains blancs habitant dans des banlieues cossues majoritairement blanches ont été touchés par l’augmentation de 13,5 p. 100 des invasions de domicile et des crimes connexes en 2008. » C’est donc dire que la criminalité est en hausse en Afrique du Sud et que même les Sud-Africains blancs riches en ressentent l’effet. La preuve révèle que les Sud-Africains noirs le ressentent eux aussi. Il n’est pas contesté dans la présente demande que la criminalité est en hausse et qu’il s’agit d’un problème répandu et sérieux. À mon avis, cependant, ce fait ne nous dit rien à propos de la question de savoir si le défendeur ou M^{me} Kaplan ont été agressés parce qu’ils étaient blancs, ou si l’État peut protéger le défendeur ou voudra le faire.

[219] L’avocat du défendeur m’a fait remarquer avec raison à l’audience de contrôle que mon travail ne consiste pas à réévaluer la preuve ou à rendre une nouvelle décision, mais plutôt à soumettre à un contrôle judiciaire la décision de la SPR et à juger si cette dernière appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », comme le prescrit la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Dunsmuir*, précité [au paragraphe 47], et dans des

be observed. It is not my job to review the decision that respondent's counsel would, or could, have written had he been fixed with that task. I have to look at the use made by the RPD of the documentation it cites and bear in mind the reliance which the RPD says it placed upon that documentation.

[220] So my first and most general observation on this issue is that the RPD's decision cites and relies upon documentation for facts and information that have very little to do with the basis of the respondent's refugee claim and very little to do with the kind of white South African that the respondent claims to be.

[221] In reviewing the documentation cited by the RPD, I also note the following specifics:

a. United States Department of State (DOS) Report, 25 February 2009

Although the U.S. DOS Report [*2008 Human Rights Report: South Africa*] can be a very valuable source of information, in this case the RPD used this evidence selectively. Indeed, the Report states that the "continued killings of mostly white farm owners by black assailants created concern among white farmers that they were being targeted for racial and political reasons". However, elsewhere the Report notes that "[d]espite concern among the farmers that they were targeted for racial and political reasons, studies indicated that the perpetrators generally were common criminals motivated by financial gain" (emphasis added). When considered in its full context, then, it is clear that the U.S. DOS Report does not support the RPD's conclusions;

b. "Time for the Truth", 2009

The RPD clearly erred in relying on this opinion article as objective evidence. This article is based on opinion

décisions connexes. Cependant, il faut aussi observer le corollaire de cette position. Mon travail ne consiste pas à contrôler la décision que l'avocat du défendeur aurait, ou pourrait avoir, écrite si cette tâche lui avait été confiée. Il me faut examiner l'utilisation que la SPR a faite de la documentation qu'elle cite et tenir compte de la mesure dans laquelle elle dit s'y être fondée.

[220] Ma première observation, et la plus générale, sur cette question est que la SPR, dans sa décision, cite divers documents et se fonde sur eux pour des faits et des renseignements qui ont fort peu à voir avec le fondement de la demande d'asile du défendeur et fort peu à voir avec le genre de Sud-Africain blanc que le défendeur prétend être.

[221] En passant en revue les documents que cite la SPR, je relève également les détails qui suivent :

a. United States Department of State (DOS) Report, 25 février 2009

Même si le rapport américain du département d'État [*2008 Human Rights Report: South Africa*] peut être une source fort utile d'informations, dans le cas présent la SPR a utilisé cette preuve de manière sélective. En fait, le rapport indique que [TRADUCTION] « [l'] assassinat fréquent de propriétaires de ferme principalement blancs par des agresseurs noirs a fait naître chez les fermiers blancs la crainte qu'ils étaient ciblés pour des raisons raciales et politiques ». Cependant, il signale ailleurs que [TRADUCTION] « [m]algré l'inquiétude des fermiers qu'ils étaient ciblés pour des raisons raciales et politiques, des études indiquent que les auteurs des crimes étaient en général de simples criminels motivés par un gain lucratif » (non souligné dans l'original). Il est clair que le rapport du département d'État, quand on le considère dans son contexte tout entier, n'étaye pas les conclusions de la SPR;

b. « Time for the Truth » ([TRADUCTION] « Le moment de vérité »), 2009

La SPR a clairement commis une erreur en se fondant sur cet article d'opinion comme preuve objective. Cet

and was written by someone using the pseudonym “The Pied Piper”. The RPD’s reference to this article as a “report” and its contention that this is objective documentary evidence as to the current state of affairs in South Africa are misleading. Indeed, it is misleading to suggest that this article is anything but an opinion;

c. “Race-Fuelled Myopia Driving Skills out of South Africa”, 2009

This newspaper article asserts the existence of a skills-drain of white South Africans and says why this could be occurring. The article also describes what the government and other political parties think about this phenomenon. In my view, this has nothing to do with the respondent’s refugee claim, which is based upon racially motivated physical attacks;

d. “South Africa: The Next Zimbabwe” 3 February 2009, *theTrumpet.com*, by Robert Morley

This opinion article cannot be considered objective evidence. The author opines that in South Africa the “Rule of law” is “the rule of organized crime”, and he refers to a biblical prophecy that the curses South Africa “increasingly finds itself under” are going to get worse. The purpose of this article appears to be to encourage readers to read a booklet entitled “The Wonderful World Tomorrow – What It Will Be Like”;

e. “Attacks have shown most of ANC to be racists” by M. Riordan-Bull Kleinmond, Cape Points, *Cape Argus*, 31 May 2008

The RPD again errs in referring to this article as a report. This article is a comment on the government. It demands

article s’inspire d’une opinion et il a été écrit par une personne utilisant le pseudonyme « The Pied Piper » ([TRADUCTION] « Le joueur de flûte »). La SPR qualifie cet article de « rapport » et sa prétention selon laquelle cette preuve documentaire objective sur la situation actuelle en Afrique du Sud est trompeuse. Il est en fait trompeur de laisser entendre que cet article est autre chose qu’une opinion;

c. « Race-Fuelled Myopia Driving Skills out of South Africa » ([TRADUCTION] « L’aveuglement volontaire fondé sur le racisme vide l’Afrique du Sud de ses talents »), 2009

Cet article de journal soutient l’existence d’un exode des cerveaux chez les Sud-Africains blancs et dit pourquoi ce phénomène se produit. Il décrit aussi ce que le gouvernement et d’autres partis pensent de ce phénomène. À mon avis, cela n’a rien à voir avec la demande d’asile du défendeur, qui repose sur des agressions physiques motivées par le racisme;

d. « South Africa: The Next Zimbabwe » ([TRADUCTION] « L’Afrique du Sud : le prochain Zimbabwe »), 3 février 2009, *theTrumpet.com*, par Robert Morley

Cet article d’opinion ne peut pas être considéré comme une preuve objective. L’auteur souscrit à l’idée qu’en Afrique du Sud la [TRADUCTION] « Règle de droit » est [TRADUCTION] « la règle du crime organisé », et il renvoie à une prophétie biblique selon laquelle les fléaux avec lesquels l’Afrique du Sud [TRADUCTION] « est de plus en plus aux prises » vont empirer. Cet article semble avoir pour but d’encourager les lecteurs à lire un livret intitulé « The Wonderful World Tomorrow – What It Will Be Like » ([TRADUCTION] « Le merveilleux monde de demain – De quoi aura-t-il l’air? »);

e. « Attacks have shown most of ANC to be racists » ([TRADUCTION] « Des agressions démontrent que la plupart des membres du Congrès national africain sont racistes ») par M. Riordan-Bull Kleinmond, Cape Points, *Cape Argus*, 31 mai 2008

La SPR commet de nouveau une erreur en qualifiant cet article de rapport. Cet article est un commentaire sur le

that people of integrity be placed in power and forecasts that Jacob Zuma will fail as president;

f. “Loss of freedom creeps up on us like a face of wrinkles” by David Bullard *Sunday Times*, 21 October 2007

Again, the RPD refers to what is clearly an opinion article as a “report”. The author gives his opinion on how South Africa has changed, and on the quality of judges, the police and the justice system in general. It describes the entire judiciary as “sycophantic drunks and rogues who are so desperate for a job that they will do anything the government tells them to”;

g. *Hijacking Awareness Guide* prepared by Inspector Riaan Steenkamp, Silica Fund Administration Systems, 27 October 2004

In considering this report, the RPD seems to be inferring that hijacking is prevalent. While this report has been generated by an agency, there is no information provided on the agency;

h. “South Africa: Burning the welcome mat” by IRIN, 19 May 2008

This report considers xenophobia and attacks targeting foreign nationals. This article makes no mention of white foreigners but focuses on illegal migrants from other parts of Africa;

i. “Quite [*sic*] South African”, 30 April 2009

The RPD erroneously relied on this as a “report”. In reality, it is a Wikipedia entry defining “White South African” and the RPD has quoted directly from it.

gouvernement. Il réclame que l’on mette au pouvoir des gens intègres et prévoit que Jacob Zuma échouera comme président;

f. « Loss of freedom creeps up on us like a face of wrinkles » ([TRADUCTION] « Liberté perdue ») par David Bullard, *Sunday Times*, 21 octobre 2007

Là encore, la SPR qualifie de « rapport » ce qui est à l’évidence un article d’opinion. L’auteur donne son opinion sur la façon dont l’Afrique du Sud a changé, ainsi que sur la qualité des juges, de la police et du système de justice en général. Il décrit la magistrature tout entière comme [TRADUCTION] « des gredins et des soûlards flagorneurs si désespérés qu’ils feront tout ce que le gouvernement leur dit de faire pour un emploi »;

g. *Hijacking Awareness Guide* ([TRADUCTION] « Guide de sensibilisation aux pirates de la route »), document établi par l’inspecteur Riaan Steenkamp, Silica Fund Administration Systems, 27 octobre 2004

En prenant ce rapport en considération, la SPR semble sous-entendre que les détournements de véhicules sont monnaie courante. Ce document a été établi par une agence, mais aucune information n’est fournie sur elle;

h. « South Africa: Burning the welcome mat » ([TRADUCTION] « Afrique du Sud : Brûler le paillason »), IRIN, 19 mai 2008

Cet article traite de la xénophobie et ses agressions visant les ressortissants étrangers. Il ne fait aucune mention des étrangers blancs, mais se concentre sur les migrants illégaux issus d’autres parties de l’Afrique;

i. « Quite [*sic*] South African » ([TRADUCTION] « Assez [*sic*] sud-africain »), 30 avril 2009

La SPR a qualifié par erreur ce document de « rapport ». En réalité, il s’agit d’une rubrique de l’encyclopédie Wikipedia qui définit ce qu’est un [TRADUCTION] « Sud-Africain blanc », et la SPR en a cité directement un extrait.

[222] It is clear that most of the “objective evidence” relied on by the RPD in this instance was anything but objective. Indeed, the RPD relied on a number of articles and editorials that are strong on opinions but not on facts.

National Documentation Package

[223] The RPD fails to balance the evidence referred to above against the more objective evidence found in the Immigration and Refugee Board’s National Documentation Package [Issue Papers and Country Fact Sheets: South Africa, 25 March 2009].

[224] It is noteworthy that the National Documentation Package’s List of Documents provides no sources or overt mention of racism, discrimination or violence targeted against white South Africans. Indeed, the only source found under the Nationality, Ethnicity and Race section of the package is an article entitled “Societal treatment of foreigners from other African countries, in particular from the Democratic Republic of Congo”.

[225] However, an examination of some of the sources under the Human Rights portion of the package reveal some concern with regard to racial tensions in South Africa.

a. U.S. DOS Report

Under the section of the DOS Report [2008 *Human Rights Report: South Africa*] entitled National/Racial/Ethnic Minorities, the only mention of white South Africans concerns the continued killings of “mostly white farm owners by black assailants”. However, the Report notes, as I do above, that studies show these killings to be financially motivated. The Report notes both concern that some white employers have been accused of killing black farm labourers and complaints that white employers receive preferential treatment from

[222] Il est évident que la majeure partie de la « preuve objective » sur laquelle s’est fondée la SPR en l’occurrence est tout sauf objective. En fait, la SPR s’est appuyée sur un certain nombre d’articles et d’éditoriaux qui servaient plus à exprimer des opinions qu’à rapporter des faits.

Le Cartable national de documentation

[223] La SPR omet de mettre en balance les éléments de preuve mentionnés ci-dessus avec les éléments de preuve plus objectifs qui figurent dans le Cartable national de documentation de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié [Exposé et Documentation d’information sur un pays : Afrique du Sud, 25 mars 2009].

[224] Il vaut la peine de mentionner que la Liste de documents du Cartable national de documentation ne comporte aucune source ou mention évidente concernant le racisme, la discrimination ou la violence axée sur les Sud-Africains blancs. En fait, la seule source que l’on trouve à la section Nationalité, ethnie et race du Cartable est un article intitulé « Information sur l’attitude de la société vis-à-vis des Africains originaires d’autres pays, en particulier ceux de la République démocratique du Congo (RDC) ».

[225] Cependant, un examen de certaines des sources apparaissant sous la rubrique Information sur les droits de la personne du Cartable révèle un certain nombre de préoccupations au sujet des tensions raciales en Afrique du Sud.

a. U.S. DOS Report

Sous la section « National/Racial/Ethnic Minorities » ([TRADUCTION] Minorités/ethniques/raciales/nationales) du DOS Report [2008 *Human Rights Report: South Africa*], la seule mention qui est faite des Sud-Africains blancs concerne la poursuite des assassinats de [TRADUCTION] « propriétaires de ferme principalement blancs par des agresseurs noirs ». Cependant, souligne ce rapport, et comme je l’ai fait plus tôt, des études démontrent que ces assassinats sont motivés par des considérations pécuniaires. Le rapport fait état de deux

the authorities. Other racial concerns include the under-representation of blacks in the workforce, particularly at professional and managerial levels. The section on Internally Displaced Persons notes:

In mid-May xenophobic attacks against foreign African migrants and ethnic minorities by South African civilians in the townships in Johannesburg escalated into a national wave of violence in which 62 people were killed. . . . Of these, 21 were South African citizens, 11 were Mozambican, five were Zimbabwean, and three were Somali. . . .

The perpetrators blamed the immigrants for job and housing losses and increasing levels of crime. . . .

The estimated 80,000 migrants who were displaced by the violence fled to 72 temporary shelters

b. *Amnesty International Report 2008: South Africa*

Highlighted issues in this report include widespread poverty and unemployment, use of excessive violence by police, the failure of authorities to respect the principle of non-refoulement, violence against women and a high prevalence of HIV. There is no mention whatsoever of discriminatory treatment against white South Africans;

c. Human Rights Watch. *World Report 2008: South Africa: Events of 2007*

Human Rights Watch notes that widespread poverty, unemployment, gender inequality and persistently high levels of violent crime remain significant barriers to human rights in South Africa. Large numbers of Mozambican and Zimbabwean migrants seek employment in South Africa's commercial agricultural sector. Although foreign migrant workers have legal rights, many farmers disregard laws governing minimum wage and paid overtime. We are told that "[u]ndocumented migrants are also frequently harassed by police and

points : des préoccupations selon lesquelles certains employeurs blancs ont été accusés d'avoir tué des travailleurs agricoles noirs, et des plaintes selon lesquelles les employeurs blancs bénéficient d'un traitement préférentiel de la part des autorités. D'autres préoccupations de nature raciale incluent la sous-représentation des Noirs au sein de la population active, surtout au niveau professionnel et gestionnel. La section portant sur les personnes déplacées souligne ce qui suit :

[TRADUCTION] Au milieu du mois de mai, des agressions xénophobes contre des migrants africains étrangers et des minorités ethniques par des civils sud-africains dans les cités de Johannesburg se sont transformées en une vague nationale de violence au cours de laquelle 62 personnes ont perdu la vie [...] Dont 21 Sud-Africains, 11 Mozambicains, cinq Zimbabwéens et trois Somaliens [...]

Les auteurs de cette violence blâmaient les immigrants pour les pertes d'emplois et de logements et l'intensification des taux de criminalité [...]

Les quelque 80 000 migrants déplacés par la violence se sont abrités dans 72 lieux de refuge temporaires [...]

b. *Amnesty International – Rapport 2008 : Afrique du Sud*

Les sujets mis en lumière dans ce rapport incluent la pauvreté et le chômage, le recours par la police à une violence excessive, le non-respect, par les autorités, du principe du non-refoulement, la violence à l'endroit des femmes et la prévalence élevée du VIH. Rien n'est dit à propos du traitement discriminatoire des Sud-Africains blancs;

c. Human Rights Watch. *World Report 2008: South Africa: Events of 2007*

Human Rights Watch signale que la pauvreté généralisée, le chômage, l'inégalité entre les sexes et les taux constamment élevés de crimes violents demeurent d'importants obstacles au respect des droits de la personne en Afrique du Sud. De nombreux migrants du Mozambique et du Zimbabwe cherchent du travail dans le secteur agricole commercial de l'Afrique du Sud. Même si les travailleurs migrants étrangers ont des droits juridiques, de nombreux fermiers ne respectent pas les lois régissant le salaire minimum et le

immigration officials and are subject to assault and extortion during farm raids” [at page 163]. Other issues noted in this report include excessive use of force by the police, issues with refugees and migrants, and women’s and children’s rights;

d. *BBC News*, “South Africa’s crime crisis”, 27 May 1999

This article, discussed in the applicant’s materials, is concerned with criminality in South Africa. Indeed, according to the article, “[a] serious crime is committed every 17 seconds in South Africa”. This article notes, however, that:

For a people so traumatised, the fact that there has been so little revenge since the first all-race elections five years ago, is nothing short of miraculous.

But nothing can excuse the unnecessary loss of life every day in this country through violent crime.

It adds new traumas onto the old – for black people as well as whites are the victims. [Emphasis added.]

The article then recounts the following story:

The other day, one of my colleagues returned from the bank. He had been queuing up inside when outside on the pavement a security guard delivering cash was murdered by a gang of armed robbers.

The guard had already handed over what he was carrying; he was lying face down in supplication. But one of the robbers shot him at point blank range.

The guard was black – forced no doubt by unemployment levels into this dangerous job – and his family may have lost their only breadwinner.

This article seems to demonstrate that the loss of life and criminality that is occurring in South Africa transcends racial boundaries and is affecting all South Africans.

temps supplémentaire rémunéré. On peut y lire que [TRADUCTION] « [l]es migrants non munis de documents sont également souvent harcelés par la police et les fonctionnaires de l’immigration et ils sont victimes d’agression et d’extorsion lors des descentes effectuées dans les fermes » [à la page 163]. D’autres problèmes signalés dans ce rapport incluent le recours excessif à la force par la police, des problèmes avec les réfugiés et les migrants, ainsi que les droits des femmes et des enfants;

d. *BBC News*, « South Africa’s crime crisis », 27 mai 1999

Cet article, analysé dans les documents du demandeur, traite de la criminalité en Afrique du Sud. En fait, selon l’article, [TRADUCTION] « [e]n Afrique du Sud il se commet un crime grave toutes les 17 secondes ». On y souligne cependant que :

[TRADUCTION] Pour un peuple aussi traumatisé, le fait qu’il y ait eu si peu d’actes de vengeance depuis les premières élections multiraciales tenues il y a cinq ans n’est rien moins que miraculeux.

Mais rien ne peut excuser les pertes de vie inutiles que causent tous les jours les crimes violents dans ce pays.

Cela ajoute de nouveaux traumatismes aux anciens – car les Noirs comme les Blancs sont les victimes. [Non souligné dans l’original.]

L’article relate ensuite le récit suivant :

[TRADUCTION] L’autre jour, un de mes collègues est revenu de la banque. Il faisait la queue à l’intérieur quand, à l’extérieur, sur la chaussée, un gardien de sécurité venu livrer de l’argent comptant a été assassiné par une bande de voleurs armés.

Le gardien leur avait déjà remis ce qu’il transportait, et il les suppliait, le visage contre terre. Mais l’un des voleurs l’a abattu à bout portant.

Le gardien était noir – contraint sans aucun doute par le taux de chômage à exercer ce métier dangereux – et sa famille a peut-être perdu son seul soutien.

Cet article semble démontrer que les pertes de vie et la criminalité qui sévissent en Afrique du Sud transcendent les limites raciales et touchent tous les Sud-Africains.

[226] In my view, the objective documentary evidence not only fails to support, but rather contradicts, the respondent's allegations of systemic criminality based on racial discrimination against white South Africans. Indeed, the documentary evidence that discusses racial issues mainly focuses on the xenophobia against immigrants from other African states.

[227] There is little discussion of violence against white people in these reports and articles, and the discussion that exists is limited to the killing of white farmers, which has been attributed more to financial rather than racial motivation. The respondent is not a white farmer.

[228] Furthermore, the documentary evidence in the National Documentation Package paints a picture of a South Africa in which black South Africans are under-represented in the workforce and have a hard time "climbing the ladder" into professional and managerial levels. In essence, this is the opposite story from the experiences claimed by the respondent and his witness.

[229] My general conclusion on the RPD's handling of the documentation, as revealed by the decision itself, is that reliance was, for the most part, based upon factors that have little relevance to the refugee claim made by the respondent. The package of documents prepared by Mr. Kaplan, whose emotional involvement in these issues was acknowledged by the RPD, is highly reflective of the Kaplan family view of what is happening in South Africa. Indeed, it was prepared to support that point of view using sources who hold the same opinions about present-day life in South Africa. This partial approach to evidence should have been identified by the RPD. The RPD should have taken the precaution of checking it against more objective and authoritative sources. The Kaplan family point of view, and the picture painted by those documents submitted by the respondent to show both the fate of white South Africans in South Africa and the failure of the state to protect them, cannot be discounted, but it was unreasonable of the RPD—given its own identification of Mr. Kaplan's emotional involvement; the fate of his brother; and the

[226] À mon avis, non seulement la preuve documentaire objective n'étaye pas les allégations du défendeur au sujet d'une criminalité systémique fondée sur une discrimination raciale à l'égard des Sud-Africains blancs, mais elle les contredit plutôt. En fait, la preuve documentaire où l'on analyse les problèmes raciaux se concentre principalement sur la xénophobie exercée contre les immigrants issus d'autres États africains.

[227] Peu de choses sont dites sur la violence exercée contre les Blancs dans ces rapports et ces articles, sinon pour parler de l'assassinat de fermiers blancs, que l'on attribue davantage à une motivation pécuniaire qu'à une motivation raciale. Le défendeur n'est pas un fermier blanc.

[228] De plus, dans le Cartable national de documents, la preuve documentaire brosse un tableau d'une Afrique du Sud dans laquelle les Sud-Africains noirs sont sous-représentés au sein de la population active et ont de la difficulté à « gravir les échelons » et à accéder aux niveaux professionnels et gestionnels. Il s'agit, essentiellement, de l'opposé des situations dont le défendeur et son témoin font état.

[229] Ma conclusion générale sur la façon dont la SPR a traité la documentation, comme le révèle la décision elle-même, est qu'elle s'est fondée en général sur des facteurs qui ont peu de pertinence à l'égard de la demande d'asile du défendeur. La trousse de documents qu'a établie M^e Kaplan, dont la SPR a reconnu le lien émotif avec ces questions, illustre dans une large mesure l'opinion de la famille Kaplan sur ce qui se passe en Afrique du Sud. En effet, la SPR était disposée à soutenir ce point de vue en se fondant sur des sources qui professent les mêmes opinions sur la vie actuelle dans ce pays. La SPR aurait dû relever cette approche partielle à l'égard de la preuve. Elle aurait dû prendre la précaution de la confronter à des sources plus objectives et faisant davantage autorité. Le point de vue de la famille Kaplan, ainsi que le tableau brossé par les documents produits par le défendeur pour illustrer à la fois le sort des Sud-Africains blancs en Afrique du Sud et le défaut de l'État de les protéger, ne peuvent pas être écartés, mais il était déraisonnable pour la SPR — compte tenu de sa propre identification du lien émotif de M^e Kaplan, du

close-knit, mutually supportive nature of the Kaplan family—not to have rounded out its assessment with a review of more authoritative, objective and less emotionally partial sources than the ones upon which it chose to rely.

The RPD’s Findings

[230] Having assessed the respondent’s personal evidence, the evidence of Ms. Kaplan and the documentary evidence, the RPD then came to its conclusions and findings. These findings occur at paragraphs 118 to 128 of the decision. They are worth commenting upon in some detail because of what they reveal about the unreasonable errors that underlie the decision:

- a. “The claimant was attacked personally by African South Africans on at least six or seven occasions because of his white skin” [at paragraph 118].

The factual evidence is clear that the respondent was attacked by black South Africans. There is little objective evidence, however, to support a conclusion that the respondent was attacked “because of his white skin”. The respondent’s own evidence is that his attackers often had a purpose in attacking him other than his white skin: either they wanted to rob him or, in the case of the rugby match, because “they were losing the game”. In the market car park attack it was the respondent who confronted the black man attempting to break into his friend’s car. The attack while he was walking home with his friend from the beach at night does appear to have a systemic racial element. It looks like an attempt by black males to intimidate a “big white boy”. The respondent says, however, that he was not intimidated and that “that’s life for us”. It is also noticeable that the kind of racial intimidation evident in this attack took place in a setting—they were walking from “the beach area, all the pubs and night life”—where tensions can result in racial violence in any country. Racial tension is not persecution. This incident hardly supports a general conclusion that the respondent has been repeatedly attacked because

sort de son frère, et du caractère très uni de la famille Kaplan, dans laquelle chaque membre se soucie du bien-être de l’autre — de ne pas avoir complété son évaluation par un examen de sources faisant davantage autorité, objectives et moins émotivement partiales que celles sur lesquelles elle a décidé de s’appuyer.

Les conclusions de la SPR

[230] Après avoir évalué le témoignage personnel du défendeur, le témoignage de M^{me} Kaplan et la preuve documentaire, la SPR a ensuite tiré ses propres conclusions. Ces dernières figurent aux paragraphes 119 à 129 de la décision. Il vaut la peine de les commenter de manière assez détaillée à cause de ce qu’elles révèlent au sujet des erreurs déraisonnables qui sous-tendent la décision :

- a. « Le demandeur d’asile a été agressé personnellement par des Sud-Africains noirs à six ou sept reprises au moins en raison de sa peau blanche » [au paragraphe 119].

Il ressort clairement de la preuve factuelle que le défendeur a été agressé par des Sud-Africains noirs. Cependant, peu d’éléments de preuve objectifs étayent la conclusion selon laquelle le défendeur a été agressé « en raison de sa peau blanche ». Selon le propre témoignage de ce dernier, ses agresseurs avaient souvent un mobile autre que sa peau blanche : soit ils voulaient le voler, soit, dans le cas de la partie de rugby, c’était parce qu’ils perdaient la partie ». Dans le cas de l’agression survenue dans le terrain de stationnement du marché, c’est le défendeur qui a confronté le Noir qui tentait de s’introduire par effraction dans l’automobile de son ami. L’agression survenue pendant qu’il rentrait à pied chez lui la nuit en compagnie de son ami, après avoir quitté la plage, semble bel et bien comporter un élément raciste systémique. Cet incident ressemble à une tentative faite par des hommes noirs pour intimider un « grand gars blanc ». Le défendeur dit toutefois qu’il n’a pas été intimidé et que [TRADUCTION] « cela fait partie de notre vie ». Il est également notable que le genre d’intimidation raciste qui est manifeste dans cette agression a eu lieu dans un endroit — ils rentraient à pied après avoir

of his skin colour. There is a possibility of mixed motives in some of the attacks, but the RPD does not grapple with this and there is no additional evidence of racial motivation other than the racial insults and epithets used during the attacks. The RPD does not adequately address the issue of whether the respondent's whiteness was an *indicium* of relative wealth or whether the respondent was attacked for being white. There is also little to suggest that the respondent had, or has, any subjective fear of attacks by black males. His stated purpose in coming to Canada was economic. The "racial discrimination" aspect of the claim appears to have been suggested and played up so that he could claim a Convention ground rather than being an explicit or inherent aspect of the attacks;

b. "He has scars on various parts of his body, stomach, right eye, right side of his body and hands" [at paragraph 119].

These facts are not in dispute, but they do not, in themselves, support racially motivated attacks and a lack of state protection so as to make the respondent a refugee;

c. "Multiple attacks. The witness, [Lara Kaplan], was attacked and threatened with guns by African South Africans on two separate occasions because of the colour of her skin and perceived wealth" [at paragraph 120].

Being attacked because you are perceived to be wealthy is not a ground for refugee protection. The RPD is undermining the reasonableness of its own decision by relying upon "wealth" as a basis for protection. More importantly, however, there is no objective evidence to support a conclusion that Ms. Kaplan was attacked "because of the colour of her skin" other than skin

passé une soirée de [TRADUCTION] « plage, tous les pubs et la vie nocturne » — où les tensions peuvent se transformer en violence raciale dans n'importe quel pays. De la tension raciale, ce n'est pas de la persécution. Cet incident n'étaye guère la conclusion générale selon laquelle le défendeur a été agressé à maintes reprises en raison de la couleur de sa peau. Il est possible que, dans certaines des agressions, les mobiles étaient mixtes, mais la SPR n'en traite pas et il n'existe pas d'autre preuve de motivation raciale, à part les insultes et les qualificatifs racistes proférés lors des incidents. La SPR ne traite pas convenablement de la question de savoir si la peau blanche du défendeur était un indice de richesse relative ou si le défendeur a été agressé parce qu'il était blanc. Rien ne semble indiquer non plus que le défendeur avait — ou qu'il a — une crainte subjective d'être agressé par des hommes noirs. Le but déclaré de sa venue au Canada était de nature économique. L'aspect « discrimination raciale » de la demande d'asile semble avoir été suggéré et manipulé de façon à ce que le défendeur puisse revendiquer un motif énoncé dans la Convention, plutôt que d'être un aspect explicite ou inhérent des agressions commises;

b. « Le demandeur d'asile a des cicatrices à diverses parties du corps : l'abdomen, l'œil droit, le côté droit du corps et les mains » [au paragraphe 120].

Ces faits ne sont pas contestés, mais ils n'étaient pas, en soi, l'existence d'agressions à caractère raciste et un manque de protection de l'État qui font du défendeur un réfugié;

c. « Agressions nombreuses. Le témoin, [Lara Kaplan], a été agressée et menacée avec un fusil par des Sud-Africains noirs à deux occasions distinctes en raison de la couleur de sa peau et de ce qui est perçu comme sa richesse » [au paragraphe 121].

Le fait d'être agressé parce qu'on perçoit que vous êtes riche n'est pas un motif pour accorder l'asile. La SPR mine le caractère raisonnable de sa propre décision en se basant sur la « richesse » comme motif de protection. Fait plus important, cependant, il n'existe aucune preuve objective à l'appui de la conclusion selon laquelle M^{me} Kaplan a été agressée « en raison de la couleur de

colour being an *indicium* of wealth. The evidence is that she was driving a BMW on both occasions. A BMW is also an *indicium* of relative wealth. Black South Africans are also attacked and threatened with guns by black South Africans. Ms. Kaplan's opinion of why she was attacked is based upon the Kaplan family's general view of what is happening in South Africa. This view includes a belief that all crimes are committed by black South Africans and that a situation of "reverse apartheid" and genocide exists in South Africa. There was no objective evidence before the RPD to support these extreme views. What is more, there is no clear evidence as to whether Ms. Kaplan's experiences were fully reported to the police or that the police failed to respond for the general reasons she gave as opposed to particular difficulties with her case;

d. "[Lara's] brother [Robert] who was tortured and shot by African South Africans and miraculously lived, now has major physical and psychological problems" [at paragraph 121].

What happened to Robert, horrendous as it was, cannot support a general conclusion that the respondent suffered and will suffer racial persecution in South Africa. As well as being tortured and left for dead, Robert was robbed by his black assailants. And even assuming that, at least in part, Robert was shot and tortured for being white, this in itself does not demonstrate that the respondent is at risk of racial persecution against which the state cannot, or will not, protect him. Having suffered significantly more than the respondent, Robert is still living in South Africa;

e. "[Lara's] brother [Robert] and her father survived only because of their wealth, being able to install electronic and guard protection for themselves both inside and outside their homes" [at paragraph 122].

There is no evidence that Ms. Kaplan's father personally suffered and survived any attacks. The building of

sa peau », à part le fait que la couleur de la peau soit un indice de richesse. Selon la preuve, elle se trouvait au volant d'une BMW à ces deux occasions. Une BMW est aussi un indice de richesse relative. Les Sud-Africains noirs sont eux aussi agressés et menacés à la pointe d'un fusil par des Sud-Africains noirs. L'opinion qu'a M^{me} Kaplan de la raison pour laquelle elle a été agressée repose sur l'opinion générale de la famille Kaplan sur ce qui se passe en Afrique du Sud, et cela inclut la conviction que tous les crimes sont commis par des Sud-Africains noirs et qu'il existe en Afrique du Sud une situation d'« apartheid inversé » et de génocide. La SPR n'a été saisie d'aucune preuve objective qui étaye ces opinions extrêmes. Qui plus est, rien ne prouve clairement que les faits que M^{me} Kaplan a vécus ont été signalés en détail à la police ou que celle-ci n'est pas intervenue pour les motifs généraux qu'elle a donnés, par opposition aux difficultés particulières de sa situation;

d. « Le frère de [Lara, Robert], qui a été torturé par des Sud-Africains noirs, sur qui ces derniers ont tiré et qui a miraculeusement survécu, éprouve maintenant des problèmes physiques et psychologiques graves » [au paragraphe 122].

Ce qui est arrivé à Robert, aussi horrible que cela fût, ne peut étayer la conclusion générale selon laquelle le défendeur a été et sera victime de persécution raciale en Afrique du Sud. En plus d'être torturé et laissé pour mort, Robert a été volé par ses agresseurs noirs. Et même en présumant que, en partie du moins, Robert a été victime de coups de feu et torturé parce qu'il était blanc, ce fait en soi ne démontre pas que le défendeur court un risque de persécution raciale contre lequel l'État ne peut pas ou ne veut pas le protéger. Robert, qui a souffert nettement plus que le défendeur, vit toujours en Afrique du Sud;

e. « Le frère de [Lara], [Robert], et son père ont survécu seulement en raison de leur richesse, puisqu'ils ont été en mesure d'installer des dispositifs de surveillance et de protection tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur maison » [au paragraphe 123].

Rien ne prouve que le père de M^{me} Kaplan a personnellement souffert et qu'il a survécu à une agression

domestic fortresses is not, *per se*, an indicator of race-based attacks against the occupants. It merely shows that the wealthy have ways of protecting themselves against endemic crime in South Africa. Many black South Africans, who make up the majority of the poor, do not have this option. They are constantly attacked, robbed, murdered and raped by black South Africans who are, for obvious demographic and socio-economic reasons, the majority of the perpetrators;

f. “The evidence of the claimant and the witness [Ms. Kaplan] and the documentary evidence which I accept as credible show a picture of indifference and inability or unwillingness of the government and the security forces to protect White South Africans from persecution by African South Africans” [at paragraph 123].

The respondent has provided no reasonable explanation as to why he did not seek state protection. The RPD overlooks entirely that the 1991 and 1992 attacks relied upon by the respondent took place before the 1994 end to apartheid and the coming to power of the ANC [African National Congress]. The respondent’s failure to seek state protection at a time when it was reasonable to expect that a white South African would have no problem in securing it should have alerted the RPD to the evidence in the respondent’s testimony that he has no subjective fear. Furthermore, it should have prompted the RPD to examine more objective and authoritative sources of information concerning the availability of state protection in South Africa for white South Africans such as the respondent. The Court cannot say that adequate state protection does exist, but the RPD must undertake a more objective assessment of this issue. The documentation quoted by the respondent is relevant and cannot be overlooked, but it is personal, partial and political and it needs to be examined against a broader background of more independent sources;

quelconque. La construction d’une forteresse domestique n’est pas, en soi, un indice d’agression à caractère raciste contre les occupants. Cela démontre simplement que les riches ont des façons de se protéger contre la criminalité endémique en Afrique du Sud. De nombreux Sud-Africains noirs, qui composent la majorité des démunis, n’ont pas cette option. Ils sont constamment agressés, volés, assassinés et violés par des Sud-Africains noirs qui, pour des raisons socioéconomiques et démographiques évidentes, sont la majorité des auteurs de crimes;

f. « Les témoignages du demandeur d’asile et du témoin [M^{me} Kaplan] ainsi que la preuve documentaire que j’ai jugée crédible brossent un tableau d’indifférence et d’incapacité ou témoignent d’un manque de volonté de la part du gouvernement et des forces de sécurité à protéger les Sud-Africains blancs contre la persécution infligée par les Sud-Africains noirs » [au paragraphe 124].

Le défendeur n’a donné aucune explication raisonnable quant à la raison pour laquelle il n’a pas sollicité la protection de l’État. La SPR fait entièrement abstraction du fait que les agressions commises en 1991 et en 1992 sur lesquelles le défendeur se fonde ont eu lieu avant la fin de l’apartheid en 1994 et l’accession au pouvoir du Congrès national africain. Le fait que le défendeur n’a pas sollicité la protection de l’État à une époque où il était raisonnable de s’attendre à ce qu’un Sud-Africain blanc n’ait pas de problèmes à l’obtenir aurait dû attirer l’attention de la SPR sur la preuve, dans le témoignage du défendeur, que ce dernier n’éprouve aucune crainte subjective. Par ailleurs, cela aurait dû inciter la SPR à consulter des sources d’information plus objectives et faisant davantage autorité sur la disponibilité d’une protection de l’État en Afrique du Sud pour les Sud-Africains blancs tels que le défendeur. La Cour ne peut pas dire qu’il existe bel et bien une protection de l’État adéquate, mais il faut que la SPR procède à une évaluation plus objective de cet aspect. La documentation que cite le défendeur est pertinente et on ne peut pas en faire abstraction, mais elle est personnelle, partielle et politique et doit être examinée par rapport à un éventail plus vaste de sources plus indépendantes;

g. “I find that the claimant has presented ‘clear and convincing’ proof of the state’s inability or unwillingness to protect him” [at paragraph 124].

The respondent has never asked the state for protection and he has provided no reasonable explanation for his failure to seek help from the state, even when the state was a white-ruled apartheid state. Ms. Kaplan’s evidence is equally lacking in this regard. The documentary assessment is incomplete in the ways I have already described, and the use made of the documents (e.g. to cite the position of white farmers) is often not relevant to the respondent’s position or to the nature of his refugee claim;

h. “I find that the claimant was a victim because of his race (white South African) rather than a victim of criminality and that he has established a link between his fear of persecution and one of the five grounds in the Convention definition” [at paragraph 125].

As explained above, I do not think it was reasonable for the RPD to conclude that the respondent, on the evidence he gave, established even subjective fear of persecution based upon racially motivated attacks. Also for reasons given above, I think that the RPD’s assessment of the objective situation was equally unreasonable;

i. “I find that there is no viable IFA [internal flight alternative] for the claimant in any part of South Africa. According to the most recent statistics, African South Africans make up about 80 percent of the population; white Europeans approximately 9 percent and the remainder are other coloured and Asians I find that the claimant would stand out like a ‘sore thumb’ due to his colour in any part of the country” [at paragraphs 126–127].

It is not clear what the RPD is using as the basis for this conclusion. The 9 percent of white South Africans are not all dispersed throughout the 80 percent black population. White enclaves exist where white South

g. « J’estime que le demandeur d’asile a présenté une preuve “claire et convaincante” de l’incapacité ou du manque de volonté de l’État de le protéger » [au paragraphe 125].

Le défendeur n’a jamais demandé à l’État de le protéger et il n’a pas expliqué de manière raisonnable pourquoi il n’a pas demandé l’aide de l’État, et ce, même à l’époque où il s’agissait d’un État d’apartheid dirigé par les Blancs. Le témoignage de M^{me} Kaplan est également lacunaire à cet égard. L’évaluation documentaire est incomplète, comme je l’ai déjà décrit, et l’utilisation qui est faite des documents (p. ex., pour citer la position des fermiers blancs) est souvent sans rapport avec la position du défendeur ou la nature de sa demande d’asile;

h. « Je conclus que le demandeur d’asile a été victime de sa race (Sud-Africain blanc) plutôt que de la criminalité et qu’il a établi un lien entre sa crainte d’être persécuté et l’un des cinq motifs énoncés à la définition de la Convention » [au paragraphe 126].

Comme je l’ai expliqué plus tôt, je ne crois pas qu’il était raisonnable pour la SPR de conclure que le défendeur, au vu du témoignage qu’il a fait, a établi une crainte même subjective de persécution, fondée sur des agressions à caractère raciste. De plus, pour les motifs indiqués plus tôt, je crois que l’évaluation que la SPR a faite de la situation objective était elle aussi déraisonnable;

i. « Je conclus qu’il n’y a aucune PRI [possibilité de refuge intérieur] valable pour le demandeur d’asile en Afrique du Sud. Selon les statistiques les plus récentes, les Sud-Africains noirs constituent environ 80 p. 100 de la population, les Européens blancs, environ 9 p. 100 et le reste de la population est composée d’autres personnes de couleur et d’Asiatiques [...] J’estime que le demandeur d’asile “détonnerait” n’importe où dans le pays en raison de sa couleur » [aux paragraphes 127 et 128].

Le fondement qu’utilise la SPR pour tirer cette conclusion n’est pas clair. Les 9 p. 100 de Sud-Africains blancs ne sont pas tous dispersés parmi les 80 p. 100 de Noirs. Il existe des enclaves blanches dans lesquelles les

Africans continue to live and work. White people are moving to South Africa to live, so it must be possible for a white South African to live safely in some areas at least and not to stand out like a sore thumb. So it is not accurate to say that the respondent would stand out “due to his colour in any part of the country” (emphasis added).

Counsel for the respondent has argued that the respondent cannot go to a white enclave or a city where a substantial number of white South Africans continue to live and work because the respondent is “poor”.

It is true that the respondent did allege a lack of money in connection with an IFA. The RPD refers to this in paragraph 75 of the decision:

The claimant alleges there is no internal flight alternative (IFA) for him in South Africa because the African South Africans are everywhere and most of them have the same hatred against white South Africans. The only way he could live safely, if he had the money, would be to hire security guards and construct security features around his home like the witness’ father and brother have done.

The problem with accepting counsel’s argument is that I am hamstrung by another argument by the same counsel which I have accepted.

Mr. Galati has asserted (and I agree) that I must make a very careful distinction when reviewing the decision between those earlier parts of the decision where the RPD is summarizing the evidence of the respondent and Ms. Kaplan (indicated by the use of such words as “the claimant alleges”) and those parts of the decision where the RPD makes findings based upon that evidence.

If I follow Mr. Galati’s advice, as I think I must in order to be consistent, then I must treat paragraph 75 as a recital of the respondent’s evidence and not as a finding upon which the decision is based.

Sud-Africains blancs continuent de vivre et de travailler. Des Blancs déménagent en Afrique du Sud pour y vivre, de sorte qu’il doit être possible pour un Sud-Africain blanc de vivre en toute sécurité dans certains secteurs au moins et de ne pas « détonner ». Il n’est donc pas exact de dire que le défendeur détonnerait « n’importe où dans le pays en raison de sa couleur » (non souligné dans l’original).

L’avocat du défendeur a fait valoir que son client ne peut pas s’installer dans une enclave blanche ou une ville dans laquelle de nombreux Sud-Africains blancs continuent de vivre et de travailler parce qu’il est [TRADUCTION] « pauvre ».

Il est vrai que le défendeur a allégué un manque d’argent en rapport avec une PRI. La SPR y fait référence au paragraphe 76 de la décision :

Le demandeur d’asile allègue qu’il n’a aucune possibilité de refuge intérieur (PRI) en Afrique du Sud, parce que les Sud-Africains noirs sont partout, et la plupart d’entre eux ont la même haine des Sud-Africains blancs. La seule façon pour lui de vivre en sécurité, s’il avait l’argent, serait d’embaucher des gardes de sécurité et d’installer des dispositifs de sécurité autour de sa maison, comme l’ont fait le père et le frère du témoin.

Le problème que pose le fait de souscrire à l’argument de l’avocat, c’est que je suis coincé par un autre argument, du même avocat, auquel j’ai souscrit.

M^e Galati a affirmé (et je suis d’accord) que je dois prendre bien soin de faire une distinction, au moment de contrôler la décision, entre les parties antérieures de la décision où la SPR résume le témoignage du défendeur et de M^{me} Kaplan (parties indiquées par l’emploi de formules telles que « le demandeur d’asile allègue ») et les parties de la décision où la SPR tire des conclusions fondées sur ces témoignages.

Si je suis le conseil de M^e Galati — ce qu’il me faut faire je le crois — il faut alors, par souci de cohérence, que je considère le paragraphe 76 comme un exposé du témoignage du défendeur et non pas comme une conclusion sur laquelle la décision est fondée.

Paragraph 127, on the other hand, is clearly the RPD's finding with regard to an IFA and it makes no mention of the respondent's alleged lack of money. The finding is that he would stand out like a "sore thumb" "in any part of the country" "due to his colour" (emphasis added). Clearly this is untenable because he would not stand out "due to his colour" in those parts of the country where white South African's congregate.

In any event, the respondent's allegation, as summarized in paragraph 75 of the decision was not that there are white enclaves where he cannot go. His allegation was that "African South Africans are everywhere and most of them have the same hatred against white South Africans" (emphasis added). He alleged that "[t]he only way he could live safely, if he had the money, would be to hire security guards and construct security features around his home like the witness' father and brother have done."

So the issue of an IFA, and whether a poor white South African such as the respondent can go and live safely somewhere else where white South Africans congregate is never fully canvassed in the decision. The decision itself deals with an IFA in paragraphs 126 and 127. It is clear that, when these paragraphs are read together, the RPD is saying that the respondent would stick out "due to his colour in any part of the country" (emphasis added) because black South Africans make up 80 percent of the population and whites only 9 percent. The availability of a white enclave where white South Africans congregate and make up a more significant portion of the local population is never addressed. Hence, this finding on an IFA is also unreasonable;

j. "I find that the claimant's fear of persecution by African South Africans is justified considering the objective evidence referred to" [at paragraph 128].

As already discussed, the "objective evidence" is identified and dealt with in paragraphs 89 to 116 of the

Le paragraphe 128, en revanche, est clairement la conclusion de la SPR au sujet d'une PRI, et aucune mention n'y est faite du manque d'argent présumé du défendeur. Selon cette conclusion, il « "détonnerait" n'importe où dans le pays en raison de sa couleur » (non souligné dans l'original). Manifestement, cela est indéfendable parce qu'il ne détonnerait pas « en raison de sa couleur » dans les parties du pays où se regroupent les Sud-Africains blancs.

Quoi qu'il en soit, l'allégation du défendeur, telle que résumée au paragraphe 76 de la décision, n'est pas qu'il existe des enclaves blanches où il ne peut pas s'installer, mais plutôt la suivante : « les Sud-Africains noirs sont partout, et la plupart d'entre eux ont la même haine des Sud-Africains blancs » (non souligné dans l'original). Il a allégué que « [l]a seule façon pour lui de vivre en sécurité, s'il avait l'argent serait d'embaucher des gardes de sécurité et d'installer des dispositifs de sécurité autour de sa maison, comme l'ont fait le père et le frère du témoin. »

C'est donc dire que la question d'une PRI, et celle de savoir si un Sud-Africain blanc pauvre comme le défendeur peut aller vivre en toute sécurité à un autre endroit où se regroupent des Sud-Africains blancs, ne sont jamais examinées en détail dans la décision. Cette dernière elle-même traite d'une PRI aux paragraphes 127 et 128. Il est clair que, quand on lit ces paragraphes ensemble, la SPR dit que le défendeur détonnerait « n'importe où dans le pays en raison de sa couleur » (non souligné dans l'original) parce que les Sud-Africains noirs composent 80 p. 100 de la population et les blancs 9 p. 100 seulement. La disponibilité d'une enclave blanche où se regroupent des Sud-Africains blancs et où ceux-ci composent une part importante de la population locale n'est jamais examinée. Cette conclusion sur l'existence d'une PRI est donc elle aussi déraisonnable;

j. « J'estime que la crainte du demandeur d'asile d'être persécuté par des Sud-Africains noirs est justifiée compte tenu de la preuve objective produite » [au paragraphe 129].

Comme je l'ai déjà mentionné, la « preuve objective » est mentionnée et analysée aux paragraphes 90 à 117 de

decision. This objective evidence is partial and incomplete. In addition, of course, the objective evidence could not overcome other conclusions about the respondent's lack of subjective fear and the unreasonable treatment of an IFA.

Conclusions on Merits

[231] There are numerous errors in this decision that, either individually or cumulatively, render it unreasonable within the meaning of *Dunsmuir*, above, and require that it be returned for reconsideration by a differently constituted RPD.

[232] As I hope I make clear in the reasons, my principal concerns with the decision are the RPD's heavy reliance upon the evidence and views of Ms. Kaplan regarding the general situation for white South Africans and the RPD's failure to consider the respondent's documentation package against broader and more independent sources of general information.

[233] I am not saying that the South African state is either willing or able to protect persecuted white South Africans. What I am saying is that this is an issue that remains to be determined on a much more objective evidentiary basis than the RPD referred to and relied upon in this case.

[234] In addition, and as I have indicated, I have serious reservations about why this particular white South African came to Canada and, after a considerable delay, opted to claim refugee status. Once again, however, just because the respondent's circumstances may not qualify as persecution under section 96 of the Act does not mean that I am saying that other white South Africans could not so qualify.

[235] I wish to emphasize again that all I am dealing with is a particular decision about one white South African within the narrow confines of Canadian

la décision, et elle est partielle et incomplète. En outre, bien sûr, la preuve objective ne peut l'emporter sur d'autres conclusions concernant le manque de crainte subjective du défendeur et le traitement déraisonnable d'une PRI.

Les conclusions sur le bien-fondé de la demande d'asile

[231] La décision comporte de nombreuses erreurs qui, individuellement ou cumulativement, font qu'elle est déraisonnable au sens de l'arrêt *Dunsmuir*, précité, et exige qu'elle soit renvoyée en vue d'être réexaminée par une formation différemment constituée de la SPR.

[232] Comme mes motifs l'indiquent clairement, je l'espère, les principaux points qui me préoccupent dans la décision sont le fait que la SPR s'est fondée dans une large mesure sur le témoignage et les opinions de M^{me} Kaplan quant à la situation générale des Sud-Africains blancs et sur le défaut de la SPR d'examiner la trousse de documentation du défendeur par rapport à des sources plus vastes et plus indépendantes d'informations générales.

[233] Je ne dis pas que l'État sud-africain veut ou peut protéger les Sud-Africains blancs persécutés. Je dis plutôt qu'il s'agit là d'une question qu'il reste à trancher en fonction d'un fondement probant plus objectif que celui auquel la SPR s'est reportée et sur lequel elle s'est fondée en l'espèce.

[234] En outre, et comme je l'ai indiqué, j'ai de sérieux doutes quant à la raison pour laquelle ce Sud-Africain blanc en particulier est venu au Canada et, après un retard considérable, a décidé de demander l'asile. Là encore, cependant, le simple fait que la situation du défendeur ne peut pas être assimilable à de la persécution au sens de l'article 96 de la Loi ne signifie pas que je dis que d'autres Sud-Africains blancs ne seraient pas admissibles.

[235] Je tiens à souligner une fois de plus que j'ai affaire à une décision précise au sujet d'un Sud-Africain en particulier, dans les limites étroites de la

jurisprudence on reviewable error. This decision cannot, and should not, be taken as either a personal or a political opinion or assessment about the plight of white South Africans in the post-apartheid era.

[236] Having said that, however, I am now compelled to deal with certain constitutional, Charter, rule of law and jurisdictional issues that arise in this case because of alleged attempts by the South African authorities to assert political and diplomatic pressure to subvert the rule of law in Canada in so far as the facts of this case are concerned.

External Considerations

[237] Counsel for the respondent has, quite rightly in my view, brought to the Court's attention what he regards as chilling and coercive attempts by the South African authorities to subvert the rule of law in this case. The legal implications of these attempts at political and diplomatic interference are extremely serious. It could mean, for instance, that, notwithstanding the merits of this judicial review application, the Court should decline to entertain it because the Government of Canada has acted unconstitutionally and the Court should not encourage or condone such behaviour. It could mean that the Court itself has lost the jurisdiction to hear the application. Or it could mean, notwithstanding the unreasonable errors I have identified on the merits, that I should decline to send the decision back for reconsideration because the matter is now so tainted that a legally independent decision is no longer possible.

[238] Let me say, at the outset, that I do not regard these concerns as entirely groundless or vexatious and I believe that counsel had both a responsibility to his client and to the Court to raise them.

jurisprudence canadienne concernant les erreurs susceptibles de contrôle. Cette décision ne peut pas, et ne devrait pas, être considérée comme une opinion ou une évaluation personnelle ou politique au sujet des difficultés que peuvent subir les Sud-Africains blancs depuis la fin de l'apartheid.

[236] Cela dit, cependant, il me faut maintenant traiter d'un certain nombre de questions liées à la Constitution, à la Charte, au principe de la primauté du droit et à la compétence qui se posent en l'espèce à cause de présumées tentatives de la part des autorités sud-africaines en vue d'exercer des pressions politiques et diplomatiques pour subvertir le principe de la primauté du droit au Canada, relativement aux faits de la présente affaire.

Les considérations externes

[237] L'avocat du défendeur a — et à juste titre selon moi — soumis à l'attention de la Cour ce qu'il considère comme des tentatives peu rassurantes et coercitives de la part des autorités sud-africaines pour subvertir le principe de la primauté du droit dans la présente affaire. Les répercussions juridiques de ces tentatives d'ingérence politique et diplomatique sont extrêmement sérieuses. Cela pourrait vouloir dire, par exemple, qu'indépendamment du bien-fondé de la présente demande de contrôle judiciaire la Cour devrait s'abstenir de l'instruire parce que le gouvernement du Canada a agi de manière inconstitutionnelle et que la Cour ne devrait pas encourager ou tolérer un tel comportement. Cela pourrait vouloir dire que la Cour elle-même n'est plus compétente pour instruire la demande. Cela pourrait vouloir dire aussi, indépendamment des erreurs déraisonnables que j'ai relevées au sujet du bien-fondé de la demande, que je devrais refuser de renvoyer la décision en vue d'un réexamen parce que l'affaire est maintenant si viciée qu'il n'est plus possible de rendre une décision juridiquement indépendante.

[238] Je dois dire tout d'abord qu'à mon avis ces préoccupations ne sont pas tout à fait dénuées de fondement ou vexatoires, et je crois que l'avocat était doublement tenu, envers son client et envers la Cour, de les soulever.

The Evidence of Interference

[239] The respondent has filed two affidavits to support his allegations of interference and loss of jurisdiction by the Court.

The Affidavit of Ms. Stefanie Gude

[240] Ms. Gude is Mr. Galati's assistant. Mr. Galati is the respondent's counsel who argued the case for the respondent at the hearing before me.

[241] Ms. Gude did a Google search and discovered that, following the RPD's positive decision in this case, approximately 113 000 articles and stories appeared on the Internet and that considerable debate ensued around the implications of the decision.

[242] Based on this Internet search, Ms. Gude points out that, immediately following the decision, the reaction of the South African government was "swift and hostile" and that the South African government "threatened that diplomatic relations would be threatened, if the decision were not reversed".

[243] Ms. Gude has provided the Court with some sample articles. They report, for instance, that the African Nation Congress (ANC) labelled the RPD's decision as "racist", "sensationalist" and "alarming" and that "Canada's reasoning for granting Huntley [the respondent] a refugee status can only serve to perpetuate racism".

[244] It was reported in the *Agence France-Presse* on September 2, 2009 that "South Africa's top diplomat in Canada" was "shocked" by the decision and said that if the ruling was left to stand it could "seriously damage relations between the two countries".

La preuve de l'ingérence

[239] Le défendeur a déposé deux affidavits à l'appui de ses allégations d'ingérence et de perte de compétence de la Cour.

L'affidavit de M^{me} Stefanie Gude

[240] M^{me} Gude est l'adjointe de M^e Galati. Ce dernier est l'avocat qui, à l'audience qui s'est déroulée devant moi, a plaidé la cause du défendeur.

[241] M^{me} Gude a procédé à une recherche dans Google et a découvert que, à la suite de la décision favorable de la SPR dans la présente affaire, environ 113 000 articles et interventions sont apparus sur Internet et que les répercussions de la décision ont suscité un vif débat.

[242] Ce fondant sur cette recherche sur Internet, M^{me} Gude fait remarquer qu'aussitôt après que la décision a été rendue, le gouvernement sud-africain a réagi de manière [TRADUCTION] « vive et hostile » et [TRADUCTION] « a laissé entendre que, si la décision n'était pas infirmée, les relations diplomatiques en pâtiraient ».

[243] M^{me} Gude a fourni à la Cour quelques exemples d'articles. Ces derniers soulignent, par exemple, que le Congrès national africain (CNA) a qualifié la décision de la SPR de [TRADUCTION] « raciste », [TRADUCTION] « sensationnaliste » et [TRADUCTION] « alarmante » et que [TRADUCTION] « le raisonnement formulé par le Canada pour reconnaître le statut de réfugié à Huntley [le défendeur] ne peut servir qu'à perpétuer le racisme ».

[244] Il a été rapporté dans l'*Agence France-Presse* le 2 septembre 2009 que [TRADUCTION] « le plus haut diplomate de l'Afrique du Sud au Canada » a été [TRADUCTION] « choqué » par la décision et il a déclaré que la décision, si elle était maintenue, pouvait [TRADUCTION] « endommager sérieusement les relations entre les deux pays ».

[245] It was also reported that Mr. Abraham Sokhaya Nkomo, South Africa's High Commissioner in Canada, dismissed the decision as "outrageous" and that Mr. Nkomo "vowed to pursue every avenue to the Harper government to appeal the ruling—made last week by a one-man refugee board—to the Federal Court".

[246] The same article also reported Mr. Nkomo as saying that he had "already met with officials from the Department of Foreign Affairs and International Trade" and was "seeking a meeting with Immigration Minister Jason Kenney in a bid to get the ruling appealed". Mr. Nkomo was reported as saying: "We will pursue all avenues."

[247] On September 3, 2009 the *National Post* reported that the decision had "ignited diplomatic tensions between Canada and South Africa" and that "the South African government [had] asked Canada to appeal the ruling on the grounds that there is no factual basis for it".

[248] On September 11, 2009 *Macleans* reported Mr. Nkomo as vowing "to leave no stone unturned in the effort to get the Harper government to appeal the ruling ... to the Federal Court".

[249] The above is a sampling, but I think the implications are clear that the South African government was highly displeased with the decision and brought diplomatic pressure to bear on the Canadian government to appeal the decision to this Court.

[250] The Government of Canada has no control over how or when the Government of South Africa might decide to take umbrage and bring diplomatic pressure to bear. The reports suggest that, at least at a diplomatic level, it was understood that the RPD was not the Government of Canada and that the only way to

[245] Il a été rapporté aussi que M. Abraham Sokhaya Nkomo, Haut-commissaire de l'Afrique du Sud au Canada, a qualifié la décision de [TRADUCTION] « scandaleuse » et qu'il [TRADUCTION] « a promis de poursuivre toutes les voies possibles auprès du gouvernement Harper pour porter en appel auprès de la Cour fédérale la décision — rendue la semaine dernière par une formation, composée d'une seule personne, de la Commission du statut de réfugié ».

[246] Le même article rapporte aussi que M. Nkomo a dit qu'il avait [TRADUCTION] « déjà rencontré des hauts fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international » et qu'il [TRADUCTION] « avait demandé à rencontrer le ministre de l'Immigration Jason Kenney dans un effort pour faire porter la décision en appel ». M. Nkomo aurait également déclaré : [TRADUCTION] « Nous allons poursuivre tous les recours possibles ».

[247] Le 3 septembre 2009, le *National Post* a signalé que la décision avait [TRADUCTION] « provoqué des tensions diplomatiques entre le Canada et l'Afrique du Sud » et que [TRADUCTION] « le gouvernement Sud-Africain [avait] demandé au Canada de porter la décision en appel parce qu'elle ne repose sur aucun fondement factuel ».

[248] Le 11 septembre 2009, la revue *Macleans* a souligné que M. Nkomo avait fait le vœu [TRADUCTION] « de tout faire pour que le gouvernement Harper porte la décision en appel [...] devant la Cour fédérale ».

[249] Ce ne sont là que quelques exemples, mais je crois que les répercussions sont claires : le gouvernement sud-africain, très mécontent de la décision, a exercé des pressions diplomatiques sur le gouvernement canadien pour qu'il porte la décision en appel devant la présente Cour.

[250] Le gouvernement du Canada n'a aucune emprise sur la façon dont le gouvernement de l'Afrique du Sud peut décider de prendre ombrage et exercer des pressions diplomatiques, ni à quel moment cela peut arriver. Les articles donnent à penser que, à l'échelon diplomatique au moins, il était entendu que la SPR n'était pas le

challenge the decision would be to appeal it to the Federal Court.

[251] Based upon the articles that have been placed before me, I think it can only be said that, perhaps, the pressure from the South African government had something to do with the decision of the Minister to bring judicial review proceedings before this Court.

[252] However, there is no evidence whatsoever that the Government of Canada paid any heed to diplomatic pressure in deciding whether or not to commence these judicial review proceedings. In her affidavit, Ms. Gude attempts to make up for this deficiency by referring the Court to articles that appeared after the decision to apply for leave and judicial review had been taken. However, these articles simply point out that the decision to appeal was made after South Africa raised its concerns and that the South African High Commission was pleased with the decision to have the RPD decision reviewed.

[253] Ms. Gude also refers to articles that cite the wording used in the judicial review application itself, but such wording is standard and says nothing whatsoever about what may have prompted the judicial review proceeding.

[254] Based upon the articles presented in Ms. Gude's affidavit, I have no evidence before me to support a proposition that the Government of Canada was influenced in any way by the South African government to bring these judicial review proceedings. Even if diplomatic pressure caused the Government of Canada to inquire into the decision, there is no evidence that the Minister brought this application for any reason other than that, having examined the decision, he decided to seek judicial review because of reviewable errors in the decision itself.

[255] In written argument, the respondent asks me to find that "it is more probable than not that the Minister

gouvernement du Canada et que la seule façon de contester la décision était de la porter en appel devant la Cour fédérale.

[251] Au vu des articles qui m'ont été soumis, je crois qu'on peut dire seulement qu'il est possible que les pressions exercées par le gouvernement sud-africain aient eu quelque chose à voir avec la décision qu'a prise le ministre d'engager une procédure de contrôle judiciaire devant la présente Cour.

[252] Cependant, il n'existe aucune preuve que le gouvernement du Canada a cédé de quelque manière aux pressions diplomatiques en décidant d'engager ou non la présente procédure de contrôle judiciaire. Dans son affidavit, M^{me} Gude tente de combler cette lacune en renvoyant la Cour à des articles qui sont parus après que la décision fut prise de présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Cependant, ces articles soulignent simplement que la décision de porter l'affaire en appel a été prise après que l'Afrique du Sud a fait état de ses préoccupations et que le Haut-commissariat de l'Afrique du Sud s'est dit satisfait de la décision de soumettre à un contrôle la décision de la SPR.

[253] M^{me} Gude fait également référence à des articles où l'on cite des passages de la demande de contrôle judiciaire elle-même, mais il s'agit de passages types qui ne disent rien sur ce qui a pu avoir déclenché la procédure de contrôle judiciaire.

[254] Au vu des articles présentés dans l'affidavit de M^{me} Gude, je n'ai en main aucune preuve qui appuie la thèse voulant que le gouvernement du Canada ait été influencé de quelque manière par le gouvernement sud-africain pour engager la présente procédure de contrôle judiciaire. Même si des pressions diplomatiques ont amené le gouvernement du Canada à examiner la décision, rien ne prouve que le ministre a introduit la présente demande pour une raison autre que celle d'avoir décidé, après examen de la décision, de solliciter un contrôle judiciaire à cause des erreurs susceptibles de contrôle que comporte la décision elle-même.

[255] Dans son argumentation écrite, le défendeur me demande de conclure que [TRADUCTION] « il est plus

made his decision to commence the application as a result of pressure(s) from the South African government (against whom the Respondent made his claim), namely on improper political interference”.

[256] To support such a ruling based upon political abuse, the respondent cites: (a) “the timing and circumstances of this application”; and (b) “the tenor, texture, and non-existent weight or merit of this application”.

[257] Using the respondent’s own criteria, I think I have to say that the tenor, texture, and weight and merit of the application, as I have pointed out in my reasons on the merits, suggest nothing more than a decision by the Minister to have a seriously flawed RPD decision reviewed. The timing of the decision proves nothing. The South African government was bound to react as soon as the decision was made, and the Minister had to decide whether or not to commence judicial review proceedings within the relatively short time allowed. The timing could not have been otherwise, and it says nothing about why the Minister decided to proceed with judicial review.

[258] So there is no evidence to support a finding that political or diplomatic pressure or interference prompted or caused the Minister to seek judicial review. Not content with this, the respondent argues that it is the perception of abuse and interference that matters, and that the Court must examine the issue from this perspective.

[259] Based upon Ms. Gude’s affidavit, there is no evidence to support any kind of perception other than the following:

a. The Government of South Africa did not like the RPD decision and asked the Government of Canada to have it appealed to the Federal Court;

vraisemblable que le ministre a pris la décision d’introduire la demande à la suite de pressions exercées par le gouvernement sud-africain (à l’encontre duquel le défendeur a présenté sa demande), c’est-à-dire au sujet d’une ingérence politique irrégulière ».

[256] Pour appuyer une telle décision, fondée sur de l’abus politique, le défendeur cite ce qui suit : a) [TRADUCTION] « le moment du dépôt de la demande et les circonstances relatives à cette dernière », et b) [TRADUCTION] « la teneur, la texture et le poids ou le bien-fondé inexistant de la demande ».

[257] Pour reprendre les propres critères du défendeur, je crois qu’il me faut dire que la teneur, la texture, le poids et le bien-fondé de la demande, comme je l’ai fait remarquer dans mes motifs concernant le bien-fondé de cette dernière, ne dénotent rien de plus qu’une décision prise par le ministre de soumettre à un contrôle judiciaire une décision sérieusement viciée de la SPR. Le moment où la décision a été rendue ne prouve rien. Le gouvernement sud-africain allait sûrement réagir aussitôt que la décision serait rendue, et le ministre devait décider s’il engagerait ou non une procédure de contrôle judiciaire dans le délai relativement court qui était alloué. Le moment n’aurait pas pu être différent, et cela ne dit rien quant à la raison pour laquelle le ministre a décidé de demander un contrôle judiciaire.

[258] Il n’y a donc aucune preuve pour étayer la conclusion selon laquelle une ingérence ou des pressions politiques ou diplomatiques ont incité ou amené le ministre à solliciter un contrôle judiciaire. Insatisfait de cela, le défendeur soutient que c’est la perception d’abus et d’ingérence qui compte, et que la Cour se doit d’examiner la question sous cet angle.

[259] D’après l’affidavit de M^{me} Gude, il n’existe aucune preuve qui étaye une perception quelconque, à part ce qui suit :

a. le gouvernement de l’Afrique du Sud n’a pas apprécié la décision de la SPR et a demandé au gouvernement du Canada qu’elle soit portée en appel devant la Cour fédérale;

b. The Government of Canada reviewed the decision and commenced judicial review proceedings in the Federal Court because the decision was seriously flawed and contained reviewable errors as defined by Canadian law.

[260] Ms. Gude's affidavit provides no evidence upon which the Court could conclude that the applicant has brought these judicial review proceedings for any other reason than that the decision contains reviewable errors and should be considered by the Court.

The Affidavit of Ms. Amina Sherazee

[261] In order to enhance his argument based upon perception, the respondent has introduced a second affidavit. This one is sworn by Ms. Amina Sherazee, a barrister and solicitor who practises exclusively in the area of immigration and refugee law and who says that much of her practice is in the Federal Court.

[262] Ms. Sherazee provides the Court with the following evidence and guidance:

I can state, without hesitation, from personal experience, professional experience, and expert opinion, as well as the discussion of my immigration barrister colleagues at the bar, based on conversations and the monitoring of such list-serves [*sic*] as the RLA (Refugee Lawyers' Association) list, the CCR (Canadian Council of Refugees) list, and the like, and based on the grounds of review, and the "issue(s)" set out by the Minister, that had it not been for the explosive, hostile, and "racist"-allegation-ridden pressure of the South African government, and the public diplomatic threats made, and allegations of "racism", that the Minister would not seek judicial review of such a decision, which rests on anemic *factual* complaints on evidence and factual issue(s) of effective state protection, tied to the extreme, conceded facts of Mr. Huntley's ordeal, in what he suffered by way of physical attack(s).

It is clear to everyone, that this is a "political" decision to bring judicial review, and not one based on any visible legal principle, which in my respectful view brings the administration of justice into disrepute, in that it compromises the underlying

b. le gouvernement du Canada a examiné la décision et a engagé une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale parce que la décision était sérieusement viciée et contenait des erreurs susceptibles de contrôle, au sens du droit canadien.

[260] L'affidavit de M^{me} Gude ne comporte aucune preuve qui permettrait à la Cour de conclure que le demandeur a introduit la présente procédure de contrôle judiciaire pour une raison autre que celle que la décision contient des erreurs susceptibles de contrôle et qu'elle doit être examinée par la Cour.

L'affidavit de M^e Amina Sherazee

[261] Pour donner plus de poids à son argument fondé sur la perception, le défendeur a déposé un second affidavit. Celui-ci est signé par M^e Amina Sherazee, une avocate qui exerce exclusivement dans le domaine du droit de l'immigration et des réfugiés et qui dit qu'une bonne part de son travail se fait devant la Cour fédérale.

[262] M^e Sherazee fournit à la Cour les éléments de preuve et les indications qui suivent :

[TRADUCTION] Je puis dire, sans hésitation, en me basant sur mon expérience personnelle, mon expérience professionnelle et mon opinion d'expert, ainsi que sur les discussions que j'ai eues avec mes collègues du Barreau spécialisés en droit de l'immigration, des conversations et la lecture de serveurs de liste tels que ceux de la RLA (Refugee Lawyers' Association), du CCR (Conseil canadien pour les réfugiés) et d'autres du genre, de même qu'en me fondant sur les motifs de contrôle et les « questions en litige » exposées par le ministre, que n'eût été des pressions explosives, hostiles et farcies d'allégations de « racisme » du gouvernement sud-africain, et n'eût été des menaces diplomatiques publiques qui ont été faites, ainsi que des allégations de « racisme », le ministre n'aurait pas sollicité le contrôle judiciaire d'une telle décision, qui repose sur des plaintes *factuelles* anémiques au sujet des preuves et des questions factuelles relatives à une protection étatique efficace, liées aux faits concédés et extrêmes que comportent les épreuves de M. Huntley, relativement aux agressions physiques dont il a été victime.

Il est clair aux yeux de tous qu'il s'agit d'une décision « politique » pour déclencher un contrôle judiciaire, et d'une décision qui n'est fondée sur aucun principe juridique visible, ce qui, à mon humble avis, déconsidère l'administration de la justice,

constitutional principles of the Rule of Law, Constitutionalism, and the Independence of the Judiciary.

This is compounded and aggravated given the leave ratio granted by this Honourable Court. It is generally gauged that in ‘bad years’, the Court grants leave to 2 to 3%, and in ‘good years’ 5 to 6%, of all applications for judicial review brought by immigration/refugee applicants to the Court. It is virtually unheard of that the Minister’s applications are ever refused. The difference, for the immigration bar, is slanted and inexplicable.

With the greatest of respect, this further raises more than a palatable apprehension of bias, and an abuse of process by the Minister, with respect to this Court’s adjudication of the within “application for leave and judicial review”. [Emphasis in original.]

[263] Given her professed experience in the Federal Court on immigration and refugee law, it comes as a surprise to the Court that Ms. Sherazee would swear an affidavit that does not comply with the Court’s rules for the swearing of affidavits.

[264] The relevant *Federal Courts Rules* on the swearing of affidavits provide as follows:

Content of affidavits

81. (1) Affidavits shall be confined to facts within the deponent’s personal knowledge except on motions, other than motions for summary judgment or summary trial, in which statements as to the deponent’s belief, with the grounds for it, may be included.

Affidavits on belief

(2) Where an affidavit is made on belief, an adverse inference may be drawn from the failure of a party to provide evidence of persons having personal knowledge of material facts.

[265] Ms. Sherazee’s affidavit is problematic for the following reasons :

a. In the first-quoted paragraph above, she does not really reveal how she comes by her “knowledge” that

en ce sens que cela compromet les principes constitutionnels sous-jacents de la primauté du droit, du constitutionnalisme et de l’indépendance de la magistrature.

Cette situation est aggravée par le taux d’autorisations accordées par la Cour. On évalue en général que, dans les « mauvaises années », la Cour autorise de 2 ou 3 p. 100 et, dans les « bonnes années », de 5 ou 6 p. 100 des demandes de contrôle judiciaire qu’introduisent devant elle des demandeurs d’asile ou du statut d’immigrant. On n’a presque jamais entendu dire que les demandes du ministre sont refusées. La différence, pour les avocats spécialisés en droit de l’immigration, est biaisée et inexplicable.

Ceci étant dit en toute déférence, cette situation suscite plus qu’une crainte raisonnable de partialité et d’abus de procédure de la part du ministre, relativement à la décision de la Cour sur la présente « demande d’autorisation et de contrôle judiciaire ». [Souligné dans l’original.]

[263] La Cour est surprise que M^e Sherazee, qui professe avoir de l’expérience au sein de la Cour fédérale en matière de droit de l’immigration et des réfugiés, signe un affidavit qui n’est pas conforme aux règles de la Cour en matière de dépôt d’affidavits.

[264] Les dispositions applicables des *Règles des Cours fédérales* sur le dépôt des affidavits sont les suivantes :

81. (1) Les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s’ils sont présentés à l’appui d’une requête — autre qu’une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire — auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l’appui.

Contenu

(2) Lorsqu’un affidavit contient des déclarations fondées sur ce que croit le déclarant, le fait de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits substantiels peut donner lieu à des conclusions défavorables.

Poids de l’affidavit

[265] L’affidavit de M^e Sherazee pose problème, et ce, pour les raisons suivantes :

a. dans le premier paragraphe précité, elle ne révèle pas vraiment comment elle a acquis sa connaissance du

“had it not been for the explosive, hostile, and ‘racist’-allegation-ridden pressure of the South African government, and the public diplomatic threats made, and allegations of ‘racism’, . . . the Minister would not seek judicial review of such a decision”. She says that she bases her “knowledge” of this fact upon “personal experience, professional experience, and expert opinion, as well as the discussion of my immigration barrister colleagues at the bar, based on conversations and the monitoring of such list-serves [*sic*] as the RLA (Refugee Lawyers’ Association) list, the CCR (Canadian Council of Refugees) list, and the like”. However, Ms. Sherazee neither recites nor attaches as exhibits the substance, or even the gist, of the personal or other experience upon which she is relying. It looks as though she is simply asking the Court to accept her assertion that she knows what prompted the Minister’s decision, even though she is not prepared to reveal how she knows this;

b. Ms. Sherazee also says that she bases her knowledge on the “grounds of review, and the ‘issue(s)’ set out by the Minister” and the fact that the application rests on “anemic *factual* complaints on evidence and factual issue(s) of effective state protection, tied to the extreme, conceded facts of Mr. Huntley’s ordeal, in what he suffered by way of physical attack(s)” [emphasis in original]. This is nothing but argument and legal opinion, which it is Mr. Galati’s role to provide. It has no place in an affidavit;

c. The second paragraph is, likewise, nothing but argument and opinion and, if it is clear to “everyone,” I am left wondering why Ms. Sherazee cannot make it clear to me by providing the facts upon which she relies and allowing me to make up my own mind. As an officer of this Court I trust that Ms. Sherazee, in representing to the Court that it is “clear to everyone,” has indeed taken appropriate steps and consulted with “everyone” or, if “everyone” means all of the immigration bar, that she has indeed consulted with “everyone” who practises at

fait que [TRADUCTION] « n’eût été des pressions explosives, hostiles et farcies d’allégations de “racisme” du gouvernement sud-africain, et n’eût été des menaces diplomatiques publiques qui ont été faites, ainsi que des allégations de “racisme”, le ministre n’aurait pas sollicité le contrôle judiciaire d’une telle décision ». Elle dit fonder sa connaissance de ce fait sur [TRADUCTION] « [son] expérience personnelle, [son] expérience professionnelle et [son] opinion d’expert, ainsi que sur les discussions [qu’elle a] eues avec [ses] collègues du Barreau spécialisés en droit de l’immigration, des conversations et la lecture de serveurs de liste tels que ceux de la RLA (Refugee Lawyers’ Association), du CCR (Conseil canadien pour les réfugiés) et d’autres du genre ». Cependant, M^e Sherazee n’énonce ni ne joint, à titre de pièce, la substance, voire l’essentiel, de l’expérience personnelle ou d’une autre nature sur laquelle elle se fonde. On a l’impression qu’elle demande simplement à la Cour d’admettre son affirmation selon laquelle elle sait ce qui a déclenché la décision du ministre, même si elle n’est pas disposée à révéler comment elle le sait;

b. M^e Sherazee dit aussi qu’elle fonde sa connaissance sur les [TRADUCTION] « motifs de contrôle et les “questions en litige” exposées par le ministre » et sur le fait que la demande repose sur [TRADUCTION] « des plaintes *factuelles* anémiques au sujet des preuves et des questions factuelles relatives à une protection étatique efficace, liées aux faits concédés et extrêmes que comportent les épreuves de M. Huntley, relativement aux agressions physiques dont il a été victime » [souligné dans l’original]. Cela n’est rien qu’un argument et une opinion juridique, et c’est à M^e Galati qu’il revient de les exposer. Ils n’ont pas leur place dans un affidavit;

c. le deuxième paragraphe n’est, lui non plus, rien d’autre qu’un argument et une opinion et, si la situation est claire [TRADUCTION] « aux yeux de tous », cela m’amène à me demander pourquoi M^e Sherazee ne peut pas me l’exposer clairement en faisant état des faits sur lesquels elle se fonde et en me permettant de me faire ma propre idée. À titre d’officier de la présente Cour, j’espère que M^e Sherazee, en disant à la Cour qu’il est [TRADUCTION] « clair aux yeux de tous », a bel et bien pris les mesures qui conviennent et consulté

that bar. Without an explanation, I cannot possibly understand how she appears to know in such detail what “everyone” thinks. This matter goes beyond professional courtesy. Members of the immigration bar, in particular, may take exception to Ms. Sherazee presuming to represent their views before the Court in this way;

d. As I read the third paragraph of the quoted portion of Ms. Sherazee’s affidavit together with the fourth paragraph, she is attempting to suggest that the Court’s decisions on leave applications create an apprehension of bias if the Court decides this application in favour of the Minister. The source of Ms. Sherazee’s assertions is not revealed to the Court and it is not clear who she means by the “immigration bar”. I think she must mean the side of the immigration bar that represents claimants because my reading of Mr. Assan’s materials (Minister’s counsel in this application) is that he understands the process very well and does not find it “slanted and inexplicable”. Once again, there is nothing here that rightly belongs in an affidavit. Ms. Sherazee is providing argument and opinion rather than facts within her knowledge that the Court can assess and use to reach its own conclusions.

[266] As Justice Konrad von Finckenstein stated in *Ly*, above, at paragraph 10,

Except on motions, affidavits shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent: Rule 81(1), *Federal Court Rules*, 1998. The affidavit must be free from argumentative materials and the deponent must not interpret evidence previously considered by a tribunal or draw legal conclusions (*Deigan v. Canada (A.G.)* (1996), 206 N.R. 195 (Fed. C.A.); *West Region Tribal Council v. Booth* (1992), 55 F.T.R. 28; *First Green Park Pty. Ltd. v. Canada (A.G.)*, [1997] 2 F.C. 845). If an affidavit does not meet these requirements, the application can only succeed if an error is apparent on the face of the record (*Turcinovica v. Canada (M.C.I.)*, 2002 FCT 164).

[TRADUCTION] « tous » ou, si [TRADUCTION] « tous » désigne tous les avocats spécialisés en droit de l’immigration, qu’elle a bel et bien consulté [TRADUCTION] « tous » ceux qui exercent dans ce domaine. Sans explication, il m’est impossible de comprendre comment elle semble savoir de manière aussi détaillée ce que [TRADUCTION] « tous » pensent. Cette affaire va au-delà de la courtoisie professionnelle. Les avocats spécialisés en droit de l’immigration, en particulier, pourraient s’élever contre le fait que M^e Sherazee présume faire ainsi état de leurs opinions devant la Cour;

d. Selon ma lecture du troisième et du quatrième paragraphe de l’extrait cité de l’affidavit de M^e Sherazee, cette dernière tente de laisser entendre que les décisions que rend la Cour au sujet des demandes d’autorisation susciteront une crainte de partialité si la Cour tranche la présente demande en faveur du ministre. M^e Sherazee ne révèle pas à la Cour la source de ces affirmations et on ne sait pas clairement qui elle désigne en disant [TRADUCTION] « les avocats spécialisés en droit de l’immigration ». Je crois qu’elle veut dire les avocats qui représentent les demandeurs parce que je constate, après avoir lu les documents de M^e Assan (l’avocat du ministre dans la présente demande), que celui-ci comprend fort bien le processus et ne le trouve pas [TRADUCTION] « biaisé et inexplicable ». Là encore, rien de ce que M^e Sherazee indique n’a sa place à juste titre dans un affidavit. M^e Sherazee présente un argument et une opinion, plutôt que des faits dont elle a connaissance et que la Cour peut évaluer et utiliser pour arriver à ses propres conclusions.

[266] Comme l’a déclaré le juge Konrad von Finckenstein dans la décision *Ly*, précitée, au paragraphe 10 :

À l’exception des requêtes, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle : paragraphe 81(1) des *Règles de la Cour fédérale* (1998). L’affidavit ne doit pas contenir d’arguments et le déclarant ne doit pas interpréter la preuve qui a déjà été examinée par un tribunal ou tirer des conclusions juridiques (*Deigan c. Canada (P.G.)* (1996), 206 N.R. 195 (C.A.F.); *West Region Tribal Council c. Booth* (1992), 55 F.T.R. 28; *First Green Park Pty. Ltd. c. Canada (P.G.)*, [1997] 2 C.F. 845). Lorsqu’un affidavit ne satisfait pas à ces exigences, la demande peut uniquement être accueillie si une erreur est manifeste au vu du dossier (*Turcinovica c. Canada (MCI)*, 2002 CFPI 164).

[267] Moreover, according to *Deigan v. Canada (Minister of Industry)* (1996), 206 N.R. 195 (F.C.A.) (*Deigan*), at paragraph 2, the Court ought to reject portions of affidavits that are “tendentious, opinionated, argumentative or improper”.

[268] To determine if an affidavit is proper, I have to consider whether the facts deposed to are within the knowledge of the affiant. To make this determination, the Court may consider the affiant’s office or qualifications and whether it is probable that a person holding such office or qualifications would be aware of such facts. See *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1984), 2 C.I.P.R. 205 (F.C.A.). However, no matter how experienced an affiant may be, he or she is not entitled to speculate, make legal arguments or draw conclusions of law. See *First Green Park Pty. Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 845 (T.D.).

[269] Indeed, the general requirement under subsection 81(1) [of the *Federal Courts Rules*] is that affidavits ought to be confined to the personal knowledge of the deponent. This embodies the common law rule against hearsay. See *Bressette v. Kettle and Stony Point First Nations Band Council*, 1997 CanLII 5436, 137 F.T.R. 189 (F.C.T.D.). This does not necessarily exclude hearsay evidence. Rather, a principled approach must be considered when determining the admissibility of hearsay evidence. See, for example, *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.).

[270] Subsection 81(2) of the *Federal Courts Rules* allows the Court to draw an adverse inference from a party’s failure to provide evidence from persons having personal knowledge. As such, an affidavit based on information and belief should provide an explanation as to why the best evidence is not available. See *Tataskweyak Cree Nation v. Sinclair*, 2007 FC 1107, 320 F.T.R. 1. This rule is consistent with the principle that the failure to provide the best evidence will affect the weight given to the affidavit. See *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360 (C.A.).

[267] De plus, selon l’arrêt *Deigan c. Canada (Ministre de l’Industrie)*, [1996] A.C.F. n° 1360 (C.A.) (QL) (*Deigan*), au paragraphe 2, la Cour se doit de rejeter les éléments d’un affidavit qui sont « tendancieux, opiniâtres, prêtent à controverse ou sont irréguliers ».

[268] Pour déterminer si un affidavit est approprié, il me faut examiner si les faits exposés sont connus du déclarant. Pour ce faire, la Cour peut prendre en considération la charge ou les qualités du déclarant et déterminer s’il est probable qu’une personne exerçant une telle charge ou possédant de telles qualités serait au courant des faits en question. Voir *Smith Kline & French Laboratories Ltd. c. Novopharm Ltd.*, [1984] A.C.F. n° 223 (C.A.) (QL). Cependant, quel que soit son degré d’expérience, un déclarant n’a pas le droit de faire des conjectures, de formuler des arguments juridiques ou de tirer des conclusions de droit. Voir *First Green Park Pty. Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 845 (1^{re} inst.).

[269] En effet, le paragraphe 81(1) des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) exige que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle. Cette exigence incorpore la règle de common law interdisant le oui-dire. Voir la décision *Bressette c. Kettle and Stony Point First Nations Band Council*, 1997 CanLII 5436 (C.F. 1^{re} inst.). Cela n’exclut pas nécessairement les preuves par oui-dire. Il faut plutôt recourir à une méthode d’analyse raisonnée pour déterminer l’admissibilité de telles preuves. Voir, par exemple, *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.).

[270] Le paragraphe 81(2) des Règles permet à la Cour de tirer une inférence défavorable du défaut d’une partie d’offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits en cause. Cela étant, un affidavit fondé sur des informations et des croyances devrait expliquer pourquoi les preuves les meilleures ne sont pas disponibles. Voir *Nation crie de Tataskweyak c. Sinclair*, 2007 CF 1107. Cette règle concorde avec le principe selon lequel le fait de ne pas fournir la preuve la meilleure aura une incidence sur le poids que l’on accorde à l’affidavit. Voir *Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.).

[271] Ms. Sherazee's affidavit is unacceptable because it contains:

1. Facts outside of her personal knowledge;
2. Unsubstantiated opinion evidence;
3. Argumentative material; and
4. Conclusions of law.

[272] Any portions of the Sherazee affidavit containing factual statements cannot be dissociated from the numerous statements of opinion offered by Ms. Sherazee. As such, the affidavit is struck and is assigned no weight. See, for example, *Deigan*, above, and *Kassab v. Bell Canada*, 2008 FC 1181.

[273] Moreover, pursuant to subsection 81(2), the Court may draw an adverse inference from the affiant's failure to provide the sources for the information upon which she relies and an explanation of why the best evidence was not available in this instance.

[274] In general, then, there is nothing in Ms. Sherazee's affidavit that is either relevant or admissible with regard to the issues that are presently before the Court. Nor does the Court have any evidence before it to support the respondent's constitutional and abuse arguments.

The Jurisprudence

[275] The respondent has offered the following factual basis for his allegation of a constitutional breach and abuse of process:

1. The respondent is a white South African;
2. The respondent was granted refugee status from the Board; and

[271] L'affidavit de M^e Sherazee est inacceptable car il contient :

1. des faits qui débordent le cadre de sa connaissance personnelle;
2. une preuve d'opinion injustifiée;
3. des éléments argumentatifs;
4. des conclusions de droit.

[272] N'importe quelle partie de l'affidavit de M^e Sherazee qui contient des énoncés factuels ne peut être dissociée des nombreux énoncés d'opinion qu'elle offre cette dernière. Dans ce contexte, l'affidavit est radié et aucun poids ne lui est accordé. Voir, par exemple, *Deigan*, précité, et la décision *Kassab c. Bell Canada*, 2008 CF 1181.

[273] En outre, conformément au paragraphe 81(2) des Règles, la Cour peut tirer une inférence défavorable du fait que la déclarante n'a pas fourni la source des informations sur lesquelles elle se fonde ni expliqué pourquoi la preuve la meilleure n'était pas disponible.

[274] En général, il n'y a donc rien dans l'affidavit de M^e Sherazee qui soit pertinent ou admissible en rapport avec les questions litigieuses dont la Cour est actuellement saisie. Cette dernière n'a pas non plus en main de preuves qui étayaient les arguments constitutionnels et d'abus du défendeur.

La jurisprudence

[275] Le défendeur a offert le fondement factuel suivant pour son allégation de violation constitutionnelle et d'abus de procédure :

1. le défendeur est un Sud-Africain blanc;
2. le défendeur s'est vu reconnaître par la Commission le statut de réfugié;

3. The Minister commenced judicial review due to “political considerations and complaints from the South African government”.

While 1 and 2 are not disputed, the third statement of fact, upon which the allegation hinges, has not been proven. While the respondent claims that the Minister began his application for judicial review because of pressure from the South African government, the only alleged evidence to this effect is contained in the Gude and Sherazee affidavits. However, these affidavits do not meet the standards set out in *Ly*, above, and are full of irrelevant considerations, facts outside of the personal knowledge of the deponents, argumentative statements and legal conclusions. As such, I give these affidavits no weight and they cannot be used to uphold the allegations they are intended to support.

[276] The only other evidence which the respondent believes supports his political influence allegation is the proximity in timing of the alleged meeting between Canadian and South African officials and the start of the Minister’s application for judicial review.

[277] However, we have no knowledge of what was said in the alleged meeting between South African and Canadian officials. Moreover, we have no reliable evidence or knowledge that this meeting (or any discussion that occurred during this meeting) was the impetus for the Minister’s decision to bring an application for judicial review.

[278] The respondent brought a motion to have the Minister justify the application for judicial review. This motion was dismissed by the Court. As a result, the Minister has not had to justify the purpose for bringing this application for judicial review. Although the respondent has attempted to use this as proof that the Minister’s application for judicial review was based on undue pressure by the South African government, I do not believe that this has been proven. It is the respondent’s duty to prove this fact, and not the applicant’s onus to disprove it.

3. le ministre a engagé une procédure de contrôle judiciaire à cause de [TRADUCTION] « considérations politiques et des plaintes du gouvernement sud-africain ».

Les points 1 et 2 ne sont pas contestés, mais le troisième énoncé de fait, autour duquel s’articule l’allégation, n’a pas été prouvé. Le défendeur soutient que le ministre a introduit sa demande de contrôle judiciaire à cause de pressions exercées par le gouvernement sud-africain, et la seule preuve alléguée à cet effet figure dans les affidavits de M^{me} Gude et de M^c Sherazee. Cependant, ces affidavits ne satisfont pas aux critères énoncés dans la décision *Ly*, précitée, et sont remplis de considérations non pertinentes, de faits dont les déclarantes n’ont pas une connaissance personnelle, d’énoncés argumentatifs et de conclusions de droit. Cela étant, je n’accorde à ces documents aucun poids et ils ne peuvent pas servir à confirmer les allégations qu’ils sont censés étayer.

[276] La seule autre preuve qui, croit le défendeur, appuie son allégation d’influence politique est la proximité dans le temps de la présumée réunion entre des représentants du Canada et de l’Afrique du Sud et le début de la demande de contrôle judiciaire du ministre.

[277] Cependant, nous ne savons rien de ce qui a été dit dans la présumée réunion entre des représentants de l’Afrique du Sud et du Canada. En outre, nous n’avons aucune preuve fiable ou connaissance que cette réunion (ou toute discussion qui a eu lieu au cours de cette rencontre) est l’élément qui a incité le ministre à décider d’introduire une demande de contrôle judiciaire.

[278] Le défendeur a présenté une requête pour que le ministre justifie la demande de contrôle judiciaire, et cette requête a été rejetée par la Cour. De ce fait, le ministre n’a pas eu à justifier la raison pour laquelle il a introduit la présente demande de contrôle judiciaire. Même si le défendeur a tenté d’utiliser cela comme preuve que la demande de contrôle judiciaire du ministre résultait de pressions indûment exercées par le gouvernement sud-africain, je ne crois pas que cela a été prouvé. Il incombe au défendeur de faire la preuve de ce fait, et non au demandeur de le réfuter.

[279] The respondent's allegations of political interference and abuse have an extremely weak factual basis and hinge primarily on flawed affidavits as well as an inference the respondent would have me draw with regard to the timing of the application for judicial review. I do not believe that this weak factual basis adequately supports the respondent's claim.

[280] Not only is the premise of the respondent's allegations flawed, but the respondent would have me take a step further and find that the Court cannot consider the application for judicial review because to do so would result in a reasonable apprehension of bias and a lack of judicial independence, which in turn would result in the Court losing its jurisdiction over this matter.

[281] In support of this allegation, the respondent compares the case at hand to that of *Cobb*, above. However, an examination of the facts of *Cobb* makes it clear that there is little to no similarity on the facts.

[282] At issue in *Cobb* were threats made by both a trial judge and a prosecutor against Canadians who were challenging extradition to the United States. The trial judge commented to a co-accused: "I want you to believe me that as to those people who don't come in and cooperate and if we get them extradited and they're found guilty, as far as I'm concerned they're going to get the absolute maximum jail sentence that the law permits me to give" (paragraph 7) [emphasis in original].

[283] Meanwhile, the prosecutor in *Cobb* threatened the appellants with homosexual rape in jail by stating on national television: "You're going to be the boyfriend of a very bad man if you wait out your extradition" (paragraph 8).

[284] On this basis alone it is clear that the situation in *Cobb* is highly distinguishable from the case at hand. *Cobb* dealt with the potential extradition to the U.S. of appellants who had been threatened by parties in the

[279] Les allégations d'ingérence politique et d'abus du défendeur reposent sur un fondement factuel des plus faibles et dépendent principalement d'affidavits viciés ainsi que d'une inférence que le défendeur voudrait que je tire au sujet du moment où la demande de contrôle judiciaire a été présentée. Je ne crois pas que ce faible fondement factuel étaye convenablement la prétention du défendeur.

[280] Non seulement la prémisse des allégations du défendeur est-elle viciée, mais ce dernier voudrait que je fasse un pas de plus et que je conclue que la Cour ne peut instruire la demande de contrôle judiciaire parce que cela donnerait lieu à une crainte raisonnable de partialité et à un manque d'indépendance judiciaire ce qui, par ricochet, amènerait la Cour à perdre sa compétence sur l'affaire.

[281] Au soutien de cette allégation, le défendeur compare la présente espèce à l'affaire *Cobb*, précitée. Cependant, il ressort clairement d'un examen des faits dont il est question dans l'arrêt *Cobb* qu'il y a peu de similitudes, sinon aucune, entre les faits.

[282] Dans l'arrêt *Cobb*, la question en litige était les menaces qu'un juge de première instance et un procureur avaient proférées contre des Canadiens qui contestaient leur extradition aux États-Unis. Le juge du procès avait fait la remarque suivante à un coaccusé : « Je veux que vous sachiez qu'en ce qui me concerne, si nous réussissons à les extraditer et s'ils sont déclarés coupables, les individus qui ne se rendent pas et qui ne collaborent pas recevront la peine d'emprisonnement la plus sévère que la loi m'habilite à infliger » (paragraphe 7) [souligné dans l'original].

[283] Entre-temps, toujours dans l'affaire *Cobb*, le procureur avait menacé les appelants de viol homosexuel en prison en déclarant à la télévision nationale : « Vous deviendrez le petit ami d'un homme très méchant si vous attendez votre extradition » (paragraphe 8).

[284] Pour ce seul motif, il est clair que la situation dont il est question dans l'arrêt *Cobb* est nettement distincte de celle dont il est question en l'espèce. L'arrêt *Cobb* avait trait à l'extradition possible aux États-Unis

legal process itself in an effort to influence the appellants to relinquish their right to challenge extradition. According to the Supreme Court of Canada, these statements “were an attempt to influence the unfolding of the Canadian judicial proceedings by putting undue pressure on the appellants to desist from their objections to the extradition request” (paragraph 43). This is clearly distinguishable from the case at hand.

[285] Another factual consideration that distinguishes *Cobb* from the case at hand is that in *Cobb* the statements made by the American judge and prosecutor could be directly linked to the requesting state, who was a party before the Court (albeit represented by Canada). As noted by the Court, the statements made by the American judge and the U.S. attorney may properly be visited upon the requesting state itself, who was a party before the Court. In the case before me, the alleged requesting state would be South Africa; however, South Africa is clearly not a party before the Court and, as previously noted, there is no reliable evidence to demonstrate that the Minister is acting in the interest of South Africa.

[286] In *Cobb*, clear threats were made against the appellants by people taking part in the judicial process. This is clearly not the case at hand. Rather, South Africa has expressed its displeasure with regard to the finding of a Canadian tribunal. There is no proof that the Government of Canada began its application for judicial review as a result of any threats. Similarly, if the South African government was found to be pressuring the Canadian government in any way, such pressure was not to relinquish a right but rather to exercise a right granted to the Minister by statute.

[287] The respondent has also raised the case of *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405 in this instance. I do not believe that the facts of that case are relevant or comparable to the case at hand. The

d’appelants qui, au sein du processus juridique lui-même, avaient été menacés par des parties qui voulaient les influencer à renoncer à leur droit de contester l’extradition. Selon la Cour suprême du Canada, ces propos « visaient à influencer sur le déroulement des procédures judiciaires canadiennes en exerçant des pressions sur les appelants afin qu’ils renoncent à s’opposer à la demande d’extradition » (paragraphe 43). Il s’agit là d’une situation qui se distingue nettement de celle dont il est question en l’espèce.

[285] Une autre question factuelle qui distingue l’arrêt *Cobb* de la présente espèce est que, dans cet arrêt, les propos du juge américain et du procureur pouvaient être directement liés à l’État requérant, lequel était partie aux procédures devant le tribunal (même s’il était représenté par le Canada). Comme le signale la Cour, les propos du juge américain et de l’avocat des États-Unis peuvent à bon droit être opposés à l’État requérant lui-même, qui était partie aux procédures. Dans l’affaire dont je suis saisi, le présumé État requérant serait l’Afrique du Sud; mais ce pays n’est manifestement pas partie aux procédures et, comme je l’ai souligné plus tôt, il n’existe aucune preuve fiable qui démontre que le ministre représente l’Afrique du Sud.

[286] Dans l’arrêt *Cobb*, des menaces explicites ont été proférées contre les appelants par des personnes participant aux procédures judiciaires. Cela n’est manifestement pas le cas en l’espèce. L’Afrique du Sud a plutôt exprimé son mécontentement à l’égard de la conclusion d’un tribunal administratif canadien. Rien ne prouve que le gouvernement du Canada a introduit sa demande de contrôle judiciaire à la suite de menaces quelconques. Parallèlement, s’il est conclu que le gouvernement sud-africain a fait pression de quelque manière sur le gouvernement canadien, cette pression ne visait pas à renoncer à un droit mais plutôt à exercer un droit que la loi accorde au ministre.

[287] Le défendeur a également invoqué en l’espèce l’arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405. Je ne crois pas que les faits de cet arrêt soient pertinents ou comparables à ceux de

portion of *Mackin* cited by the respondent simply discusses the law of judicial independence.

[288] While the respondent alleges that the Court's judicial independence has been compromised because of the Minister's motivation in bringing this application for judicial review, I do not believe there is any merit to this argument and there is certainly no evidence before me to support such an allegation. I have already examined the motive imputed to the Minister by the respondent, and I have determined that it is based not on evidence but rather on speculation.

[289] As quoted in *Mackin*, above, at paragraph 35:

Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason. [Emphasis in original.]

[290] In this instance, neither the Minister nor the Government of Canada has placed any pressure on the Court. As such, there is no reason why I cannot consider the matter before me impartially and in accordance with my assessment of the facts and the law as noted in *Mackin*.

[291] *Mackin* enumerates three essential characteristics of judicial independence: financial security, security of tenure and administrative independence. Both the existence in fact of these essential characteristics as well as the maintenance of the perception that they exist are important.

[292] The test for determining the judicial independence of the Court is similar to that for a reasonable apprehension of bias, that is, "whether a reasonable person who is fully informed of all the circumstances would consider that a particular court enjoyed the necessary independent status" [emphasis in original]. See *Mackin*, at paragraph 38, and *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 (*Committee for Justice and Liberty*).

l'espèce. La partie de l'arrêt *Mackin* que cite le défendeur traite simplement du droit de l'indépendance judiciaire.

[288] Le défendeur allègue que l'indépendance judiciaire de la Cour a été compromise à cause de la raison pour laquelle le ministre a engagé la présente demande de contrôle judiciaire, mais je ne crois pas que cet argument ait un fondement quelconque et il n'y a certes aucune preuve qui m'a été soumise à l'appui d'une telle allégation. J'ai déjà examiné le motif que le défendeur impute au ministre, et j'ai conclu qu'il est fondé non pas sur une preuve mais plutôt sur une conjecture.

[289] Comme il est dit dans l'arrêt *Mackin*, précité, au paragraphe 35 :

Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit. [Souligné dans l'original.]

[290] Dans le cas présent, ni le ministre ni le gouvernement du Canada n'ont exercé une pression sur la Cour. Cela étant, rien ne m'empêche d'examiner la question qui m'est soumise de façon impartiale et d'une manière conforme à mon appréciation des faits et du droit, ainsi qu'il est signalé dans l'arrêt *Mackin*.

[291] L'arrêt *Mackin* énumère trois caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire : la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative. Tant l'existence en fait de ces caractéristiques essentielles que le maintien de la perception qu'elles existent sont importants.

[292] Le critère permettant de déterminer l'indépendance judiciaire de la Cour ressemble à celui qui s'applique à la crainte raisonnable de partialité : « si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis » [souligné dans l'original]. Voir l'arrêt *Mackin*, au paragraphe 38, et l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autre c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369

However, the Court must emphasize the appearance of impartiality as well. According to the Court in *Mackin*, “Emphasis is placed on the existence of an independent status, because not only does a court have to be truly independent but it must also be reasonably seen to be independent” (paragraph 38) [emphasis in original].

[293] I do not believe that judicial independence is an issue in this application before me. While Ms. Sherazee alleges that there is a perception of bias with regard to the Court’s decisions to grant leave applications, this allegation is based upon unsubstantiated statistics, speculation and personal opinion. I do not think it can be said that any reasonable, well-informed person would believe that there is a concern with regard to judicial independence in this instance. Moreover, as stated by the Federal Court in *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377 [at paragraph 54], “The reasonable person in the rule against bias is not to be equated with either the losing parties or the unduly suspicious.”

The Remedy

[294] At the hearing of this matter, respondent’s counsel suggested that, even if I found a reviewable error in the decision, I should not quash it and return it for reconsideration because the RPD cannot now fairly, and impartially, redetermine the respondent’s refugee claim. However, there is no evidence whatsoever before me to suggest that the RPD cannot fairly and impartially consider the claim in accordance with my reasons. As the applicant points out, the RPD has heard, and will continue to hear, highly publicized and controversial refugee claims.

[295] There is simply no evidence before me to support the bald assertion—made by a party who is not disinterested—that the comments by the South African

(*Committee for Justice and Liberty*). Cependant, la Cour doit également souligner l’apparence d’impartialité. Selon la Cour suprême, dans l’arrêt *Mackin* : « L’accent est mis sur l’existence d’un statut indépendant, car non seulement faut-il qu’un tribunal soit effectivement indépendant, il faut aussi qu’on puisse raisonnablement le percevoir comme l’étant » (paragraphe 38) [souligné dans l’original].

[293] Je ne crois pas que, dans la présente demande, l’indépendance judiciaire soit une question litigieuse. Même si M^e Sherazee allègue que les décisions de la Cour d’accueillir les demandes d’autorisation suscitent une perception de partialité, cette allégation repose sur des statistiques, des conjectures et une opinion personnelle non justifiées. Je ne pense pas que l’on puisse dire qu’une personne raisonnable et bien informée croirait que l’on se soucie de l’indépendance judiciaire dans la présente affaire. En outre, comme l’a déclaré la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377 [au paragraphe 54], « La personne raisonnable dont il est question dans la règle interdisant la partialité ne doit pas être assimilée à la partie perdante ou à une personne exagérément méfiante. »

Le recours

[294] À l’audition de la présente affaire, l’avocat du défendeur a indiqué que, même si je trouvais une erreur susceptible de contrôle dans la décision, il ne fallait pas que j’annule cette dernière et que je la renvoie pour réexamen parce que la SPR ne pouvait maintenant plus réexaminer d’une manière équitable et impartiale la demande d’asile du défendeur. Cependant, je n’ai été saisi d’aucune preuve qui donne à penser que la SPR ne peut pas examiner équitablement et impartialement la demande d’une manière conforme à mes motifs. Comme le fait remarquer le demandeur, la SPR a instruit, et continuera d’instruire, des demandes d’asile hautement publicisées et controversées.

[295] Je ne dispose tout simplement d’aucun élément de preuve qui étaye l’affirmation pure et simple — formulée par une partie non désintéressée — selon laquelle

government, the controversy surrounding this case, or the fact of these proceedings and the way they have progressed could have any impact upon the independence of the RPD or any individual member who rehears this refugee claim.

[296] The test for a reasonable apprehension of bias in this context is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude.” See *Committee for Justice and Liberty*, above, at page 394.

[297] As the applicant points out, no reasonable bystander would conclude that the RPD has lost its independence as a result of anything that has happened in this case. There is no evidence that the RPD either is predisposed towards the Minister or has in any way been influenced, or could be influenced, by what has been written or said about this case in the media.

[298] In addition, all of the respondent’s arguments on this issue are premature. If bias or a reasonable apprehension of bias arises upon reconsideration of this case then the respondent will have ample opportunity to raise it and seek judicial review before this Court.

[299] In my view, the respondent is simply attempting to immunize his case against judicial review and rehearing. He cannot become a Convention refugee by default and by mere assertions of partiality or institutional bias on the part of the RPD.

Certification

[300] The respondent has suggested two questions for certification. The first one is:

Does the SCC decision in *USA v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, and its principles, apply in cases of political interference with the (quasi) judicial process under the IRPA?

les commentaires que le gouvernement sud-africain a faits, la controverse entourant la présente affaire ou le fait que la présente instance et la façon dont elle a évolué pourraient avoir une incidence quelconque sur l’indépendance de la SPR ou de tout commissaire particulier qui instruira de nouveau la demande d’asile.

[296] Le critère relatif à une crainte raisonnable de partialité dans ce contexte est le suivant : « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ». Voir l’arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, à la page 394.

[297] Comme le fait remarquer le demandeur, aucun témoin raisonnable ne conclurait que la SPR a perdu son indépendance à cause d’une chose qui s’est produite en l’espèce. Il n’y a aucune preuve que la SPR a un parti pris en faveur du ministre ou a été influencée, ou pourrait l’être, de quelque manière par ce qui a été écrit ou dit sur l’affaire dans les médias.

[298] En outre, tous les arguments du défendeur sur cette question sont prématurés. Si le réexamen de l’affaire suscite de la partialité ou une crainte raisonnable de partialité, le défendeur aura alors amplement l’occasion de l’invoquer et de solliciter un contrôle judiciaire devant la présente Cour.

[299] À mon avis, le défendeur tente simplement de mettre sa cause à l’abri d’un contrôle judiciaire et d’une nouvelle audition. Il ne peut pas devenir réfugié au sens de la Convention par défaut ainsi que par de simples affirmations de parti pris ou de partialité institutionnelle de la part de la SPR.

Les questions à certifier

[300] Le défendeur a suggéré deux questions à certifier. La première est la suivante :

[TRADUCTION] La décision que la CSC a rendue dans l’affaire *USA c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, de même que les principes qui y sont énoncés, s’appliquent-ils en cas d’ingérence politique dans le processus (quasi) judiciaire que prévoit la LIPR?

[301] Questions for certification must be serious questions of general importance that would be determinative of the appeal. See *Liyanagamage v. (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); and *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraph 11. In addition, the question must not be hypothetical and “must . . . invite the Federal Court of Appeal to deal only with the specific decision under appeal and not with broad issues for which no factual basis or, at best, no adequate factual basis is provided by the matter under appeal.” See *Pillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1417, [2002] 3 F.C. 481, at paragraph 32.

[302] The most obvious problem with the first question is that it is purely hypothetical. I have found as a fact that there is no evidence of “political interference”, either actual or perceived, before the Court in this application. Hence, the question cannot be certified.

[303] The second question raised by the respondent reads as follows:

Does the Federal Court, in granting the Minister a remedy on an application for judicial review, where the genesis of that review can be reasonably seen to be external political interference with the process under review, lose jurisdiction:

- i. constitutionally, by losing its judicial independence by being “reasonably perceived” as (institutionally) biased, as set out by the SCC in, *inter alia*, *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405; and
- ii. statutorily, under ss. 18-18.1 of the *Federal Courts Act*?

[304] Once again, the obvious problem with this question is that, on the facts of this case, it remains purely hypothetical. I have made a factual finding that there is no evidence before me to suggest that the genesis of this review could reasonably be seen to be external political interference with the process under review.

[301] Les questions à certifier doivent être des questions graves de portée générale qui permettraient de trancher l’appel. Voir *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); et *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11. En outre, il faut que la question ne soit pas hypothétique et elle « doit [...] amener la Cour d’appel fédérale à examiner seulement la décision particulière qui fait l’objet de l’appel et non pas des questions larges pour lesquelles aucun fondement de fait ou du moins aucun fondement de fait adéquat n’est fourni dans l’affaire qui fait l’objet de l’appel ». Voir *Pillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 1417, [2002] 3 C.F. 481, au paragraphe 32.

[302] Le problème le plus évident que présente la première question est qu’elle est purement hypothétique. J’ai conclu qu’en fait la Cour, dans le cadre de la présente demande, n’a été saisie d’aucune preuve d’« ingérence politique », réelle ou perçue. La question n’est donc pas certifiable.

[303] La seconde question que soulève le défendeur est la suivante :

[TRADUCTION] En accordant au ministre un recours dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, contrôle dont la genèse peut raisonnablement être considérée comme une ingérence politique externe dans le processus faisant l’objet de ce contrôle, la Cour fédérale perd-elle sa compétence :

- i. sur le plan constitutionnel, en perdant son indépendance judiciaire en étant « raisonnablement perçue » comme (institutionnellement) partielle, comme l’indique la CSC dans, notamment, *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405;
- ii. sur le plan législatif, en application des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*?

[304] Une fois de plus, le problème évident que pose cette question est le suivant : au vu des faits de l’espèce, cela demeure purement hypothétique. Je suis arrivé à la conclusion de fait selon laquelle je n’ai été saisi d’aucune preuve qui dénote que l’on pourrait raisonnablement considérer la genèse de ce contrôle comme une

ingérence politique externe dans le processus faisant l'objet du contrôle.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that

1. The application for judicial review is allowed. The decision is set aside and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted RPD in accordance with my reasons;
2. There is no question for certification.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. la demande de contrôle judiciaire est accueillie; la décision est infirmée et l'affaire renvoyée en vue d'être réexaminée par une formation différemment constituée de la SPR, conformément à mes motifs;
2. il n'y a pas de question à certifier.

A-482-10
2011 FCA 273

A-482-10
2011 CAF 273

Brandon Carl Huntley (*Appellant*)

Brandon Carl Huntley (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
c. HUNTLEY

Federal Court of Appeal, Sexton, Evans and Stratas
J.J.A.—Toronto, October 3, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Evans et Stratas,
J.C.A.—Toronto, 3 octobre 2011.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision setting aside as unreasonable Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division decision granting appellant, white South African, refugee status — Federal Court rejecting argument that proceeding abuse of process because respondent's judicial review application brought in response to diplomatic pressure; refusing to certify questions pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 74(d) concerning allegations of political interference with IRPA proceedings, perceived bias, lack of independence — Appellant arguing herein that s. 74(d) not ousting general right of appeal under Federal Courts Act, s. 27 when applications Judge allegedly biased, wrongfully assuming or declining jurisdiction — Parliament not intending to immunize from appellate scrutiny errors undermining rule of law, public confidence in due administration of justice — However, errors alleged herein not falling within such narrow category — If Federal Court in fact failing to apply appropriate standard of review, such error not usurpation of jurisdiction falling outside s. 74(d) — Federal Court finding no evidentiary basis for allegation of abuse of process, hence refusing to certify proposed hypothetical questions — Even if possible to appeal abuse of process finding in absence of certified question, Federal Court making no reversible error in rejecting allegation — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel à l'encontre d'un jugement de la Cour fédérale annulant la décision, jugée déraisonnable, de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié accordant à l'appellant, un Sud-Africain blanc, la qualité de réfugié — La Cour fédérale a rejeté l'argument selon lequel l'instance de contrôle judiciaire constituait un abus de procédure du fait que l'intimé avait présenté la demande de contrôle judiciaire en réponse à des pressions diplomatiques; elle a en outre refusé de certifier, en vertu de l'art. 74d de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR), les questions proposées concernant les allégations d'ingérence politique dans le déroulement d'une instance introduite sous le régime de la LIPR et de présumés partialité et manque d'indépendance — L'appellant fait valoir que l'art. 74d n'exclut pas le droit général d'interjeter appel d'une décision de la Cour fédérale en vertu de l'art. 27 de la Loi sur les Cours fédérales lorsque le moyen d'appel invoqué est que le juge de première instance était partial ou qu'il s'est attribué à tort compétence ou a décliné à tort sa compétence — Le législateur ne peut avoir voulu mettre à l'abri de tout examen en appel des erreurs qui auraient pour effet d'ébranler la primauté du droit et de miner la confiance du public envers la bonne administration de la justice — Toutefois, les erreurs alléguées en l'espèce n'entrent pas dans cette catégorie étroite — L'erreur commise, si la Cour fédérale n'a effectivement pas appliqué la bonne norme de contrôle, ne constitue pas une usurpation de pouvoir qui échapperait à l'application de l'art. 74d) — La Cour fédérale a conclu que l'allégation d'abus de procédure n'était pas étayée par la preuve et elle a donc refusé de certifier les questions proposées jugeant que celles-ci étaient hypothétiques — Même dans l'hypothèse où la conclusion relative à l'abus de procédure pourrait faire l'objet d'un appel en l'absence d'une question certifiée, il reste que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur justifiant l'annulation de sa décision en rejetant l'allégation — Appel rejeté.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 27 (as am. *idem*, s. 34).

Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 74(d).

CASES CITED

REFERRED TO:

Huynh v. Canada, [1996] 2 F.C. 976, (1996), 134 D.L.R. (4th) 612, 36 C.R.R. (2d) 93, 197 N.R. 62 (C.A.).

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1175, [2012] 3 F.C.R. 3, 15 Admin. L.R. (5th) 1, 375 F.T.R. 250) setting aside as unreasonable a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board [2009 CanLII 90063] granting the respondent refugee status. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Rocco Galati and Russell L. Kaplan for appellant.
Bernard Assan and B. Asha Gafar for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] EVANS J.A.: Brandon Carl Huntley, a white citizen of South Africa, was found by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) to be a refugee [*X (Re)*, 2009 CanLII 90063]. It held that Mr. Huntley had a well-founded fear of persecution on the ground of his race. The decision

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.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 27 (mod., *idem*, art. 34).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d).

Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), art. 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION CITÉE :

Huynh c. Canada, [1996] 2 C.F. 976 (C.A.).

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1175, [2012] 3 F.C.R. 3) annulant la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [2009 CanLII 90063] au motif qu'elle était déraisonnable et accordant à l'intimé la qualité de réfugié. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Rocco Galati et Russell L. Kaplan pour l'appellant.
Bernard Assan et B. Asha Gafar pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A. : Brandon Carl Huntley, un citoyen de race blanche de l'Afrique du Sud, s'est vu reconnaître la qualité de réfugié par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) [*X (Re)*, 2009 CanLII 90063]. La Commission a jugé que

received considerable publicity and was criticized as racist by the Government of South Africa.

[2] The Minister of Citizenship and Immigration (Minister) made an application for judicial review to the Federal Court to set aside the Board's decision. The matter came before Justice Russell (Judge), who held that the Board's decision was unreasonable in light of the evidence before it. Consequently, he granted the application and remitted the matter to the Board for re-determination in accordance with his reasons, which are published at 2010 FC 1175, [2012] 3 F.C.R. 3.

[3] Mr. Huntley also argued that the proceeding constituted an abuse of process because the Minister had brought the application for judicial review in response to diplomatic pressure from the South African government, and that for the Court to grant the Minister's application would create an apprehension that it was biased and lacked independence. The Judge rejected this argument also, having found that there was no evidence that the Minister had made the application for judicial review for a reason other than that he thought that the Board's decision was wrong.

[4] Paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), provides that no appeal lies to this Court from a decision of the Federal Court in matters governed by IRPA, unless the judge who heard the application for judicial review certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

[5] In the present case, the Judge refused to certify questions proposed by counsel concerning political interference with IRPA proceedings and the allegations of perceived bias and lack of independence. He held that the questions proposed were hypothetical since he had concluded that there was no factual basis for their premise, namely that the Minister had brought an application for judicial review as a result of diplomatic pressure.

M. Huntley avait raison de craindre d'être persécuté du fait de sa race. La décision a fait l'objet d'un énorme battage médiatique et a été qualifiée de raciste par le gouvernement de l'Afrique du Sud.

[2] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire en vue de faire annuler la décision de la Commission. L'affaire a été soumise au juge Russell (le juge), qui a estimé que la décision de la Commission était déraisonnable compte tenu de la preuve dont elle disposait. Il a par conséquent fait droit à la demande et renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision conformément à ses motifs, qui sont publiés à 2010 CF 1175, [2012] 3 R.C.F. 3.

[3] M. Huntley affirmait quant à lui que l'instance constituait un abus de procédure parce que le ministre avait présenté la demande de contrôle judiciaire en réponse aux pressions diplomatiques exercées par le gouvernement de l'Afrique du Sud et qu'une décision de la Cour favorable au ministre donnerait lieu à une crainte raisonnable de partialité et à un manque d'indépendance judiciaire. Le juge a rejeté cet argument après avoir conclu que rien ne permettait de penser que le ministre avait introduit la demande de contrôle judiciaire pour une autre raison que le fait qu'il estimait que la décision de la Commission était erronée.

[4] L'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIRP), prévoit que le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[5] En l'espèce, le juge a refusé de certifier les questions proposées par l'avocat de l'intimé au sujet de la présumée ingérence politique dans le déroulement de l'instance introduite en vertu de la LIPR et au sujet des allégations de présumés partialité et manque d'indépendance. Il a estimé que les questions proposées étaient hypothétiques, car la prémisse sur laquelle elles reposaient — en l'occurrence la prémisse suivant laquelle le ministre avait introduit la demande de contrôle judiciaire

[6] Undeterred, counsel for Mr. Huntley has appealed to this Court, arguing that paragraph 74(d) has been held not to oust the general right of appeal from the Federal Court pursuant to section 27 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], when the ground of appeal is that the applications Judge was biased, or wrongfully assumed or declined jurisdiction.

[7] We agree that, despite the apparently plain language of paragraph 74(d), Parliament cannot have intended to immunize alleged errors from appellate scrutiny which, if not subject to review, would undermine the rule of law and public confidence in the due administration of justice. However, in our view, the errors that the Judge is alleged to have committed in this case do not fall within this narrow category.

[8] The principal so-called “jurisdictional” error invoked by counsel for Mr. Huntley is that the Judge did not apply the reasonableness standard of review to the Board’s findings of fact. Instead, counsel says, he substituted his own view of the evidence for that of the Board and made *de novo* findings of fact. Even if the Judge erred as alleged, failing to apply the appropriate standard of review is a run-of-the-mill error of law, and not a usurpation of jurisdiction falling outside paragraph 74(d).

[9] Counsel also argues that Mr. Huntley’s appeal should be heard because he alleges abuse of process by the Minister. However, the Judge found that there was no evidentiary basis for this allegation, and hence refused to certify the questions of law proposed by counsel because they were hypothetical.

par suite de pressions diplomatiques dont il avait fait l’objet — n’avait aucun fondement factuel.

[6] Non rebuté par ce refus, l’avocat de M. Huntley a interjeté appel devant notre Cour en faisant valoir que, suivant la jurisprudence, l’alinéa 74d) n’exclut pas le droit général d’interjeter appel d’une décision de la Cour fédérale en vertu de l’article 27 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], lorsque le moyen d’appel invoqué est que le juge de première instance était partial ou qu’il s’est attribué à tort compétence ou a décliné à tort sa compétence.

[7] Nous sommes d’accord pour dire que, malgré le libellé apparemment clair de l’alinéa 74d), le législateur fédéral ne pouvait avoir l’intention de mettre à l’abri de tout examen en appel des erreurs qui, si elles échappaient à tout examen, auraient pour effet d’ébranler la primauté du droit et de miner la confiance du public envers la bonne administration de la justice. Nous estimons toutefois que les erreurs que le juge aurait commises en l’espèce n’entrent pas dans cette catégorie étroite.

[8] La principale soi-disante erreur « de compétence » invoquée par l’avocat de M. Huntley concerne le fait que le juge n’a pas appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable aux conclusions de fait tirées par la Commission. L’avocat soutient que le juge a substitué sa propre appréciation de la preuve à celle de la Commission et qu’il a tiré de nouvelles conclusions de fait. Or, même si le juge a commis l’erreur qu’on lui reproche, l’omission d’appliquer la bonne norme de contrôle est une erreur de droit « ordinaire » et non une usurpation de pouvoir qui échapperait à l’application de l’alinéa 74d).

[9] L’avocat de M. Huntley soutient également que la Cour devrait entendre l’appel parce que l’appelant reproche au ministre d’avoir commis un abus de procédure. Le juge a toutefois conclu que cette allégation n’était pas étayée par la preuve et il a donc refusé de certifier les questions de droit proposées par l’avocat parce qu’elles étaient hypothétiques.

[10] Even if the abuse of process alleged here could be the subject of an appeal in the absence of a certified question, we are not persuaded that the Judge made any reversible error in rejecting the allegation as unsupported by the evidence. It follows that counsel's related allegations of apprehended bias and lack of independence on the part of the Judge must also fail.

[11] In the alternative, counsel submits that paragraph 74(d) violates 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]]. We do not agree. This issue has been settled by *Huynh v. Canada*, [1996] 2 F.C. 976 (C.A.).

[12] Nor are we satisfied that, on the facts of this case, Mr. Huntley has established that he cannot get a fair hearing when the matter is remitted to the Board.

[13] For these reasons the appeal will be dismissed. The totally unmeritorious nature of this appeal constitutes "special reasons" within the meaning of rule 22 [as am. by SOR/2002-232, s. 11] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], and costs of the appeal will be awarded to the Minister.

[10] Même si l'abus de procédure allégué en l'espèce pouvait faire l'objet d'un appel en l'absence d'une question certifiée, nous ne sommes pas persuadés que le juge a commis une erreur donnant lieu à révision en rejetant les allégations au motif qu'elles n'étaient pas appuyées par la preuve. Il s'ensuit que les allégations connexes au sujet de la crainte de partialité et du manque d'indépendance du juge doivent également être rejetées.

[11] À titre subsidiaire, l'avocat affirme que l'alinéa 74d) est contraire à 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]]. Nous ne sommes pas de cet avis. Cette question a été réglée dans l'arrêt *Huynh c. Canada*, [1996] 2 C.F. 976 (C.A.).

[12] Nous n'estimons pas non plus, vu les faits de l'espèce, que M. Huntley a démontré qu'il n'aura pas droit à une audience impartiale lorsque l'affaire sera examinée de nouveau par la Commission.

[13] Pour ces motifs, l'appel sera rejeté. Le fait que le présent appel soit dénué de tout fondement constitue une des « raisons spéciales » prévues par l'article 22 [mod. par DORS/2002-232, art. 11] des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1], de sorte que les dépens de l'appel seront donc adjugés au ministre.

IMM-2231-10
2010 FC 1230

IMM-2231-10
2010 CF 1230

Wen Hu Zhou (*Applicant*)

Wen Hu Zhou (*demandeur*)

v.

c.

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

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)
(*défendeur*)

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

RÉPERTORIÉ : ZHOU c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Zinn J.—Vancouver, November 24; Ottawa, December 7, 2010.

Cour fédérale, juge Zinn—Vancouver, 24 novembre; Ottawa, 7 décembre 2010.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by visa officer refusing applicant's application for permanent resident visa as member of provincial nominee class — Applicant, Chinese national, selected as British Columbia provincial nominee — Visa officer requesting applicant submit various documents, including Schedule 4A, proving source of income, profitability of employers — Applicant unable to provide all documents requested — Visa officer thus unable to complete admissibility assessment — Issues whether use of Schedule 4A, request for additional documents reasonable, whether visa officer lacking jurisdiction to refuse application — Request for Schedule 4A, associated documents not unreasonable, not violating Immigration and Refugee Protection Act, s. 15(2) — Visa officer concerned that applicant's funds originating from criminality, organized criminality or misrepresentation — Information sought thus relevant, reasonably required — Given little information provided, not unreasonable for visa officer to be unable to determine legitimacy of applicant's funds — Visa officer not lacking jurisdiction — Applicant's reliance on *Chen v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), *Belkacem v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) misplaced — Act, s. 9(1) (pertaining to sole provincial responsibility) not applying herein — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de candidat des provinces présentée par le demandeur — Le demandeur, un citoyen de la Chine, a été choisi par la Colombie-Britannique comme candidat de la province — L'agente des visas a demandé au demandeur de présenter divers documents, y compris l'annexe 4A, pour prouver la source de revenus et la rentabilité des employeurs — Le demandeur a été incapable de présenter tous les documents demandés — L'agente n'a donc pu effectuer une évaluation complète de son admissibilité — Les questions en litige étaient de savoir si le recours à l'annexe 4A ainsi que la demande de documents supplémentaires étaient raisonnables, et si l'agente n'avait pas compétence pour rejeter la demande — La demande de présentation d'une annexe 4A et des documents liés n'était pas déraisonnable et ne violait pas le paragraphe 15(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'agente des visas était préoccupée que les fonds du demandeur puissent provenir de la criminalité, de la criminalité organisée ou d'une fausse déclaration — Les renseignements demandés étaient donc pertinents et raisonnablement requis — Compte tenu du peu de renseignements présentés, il n'était pas déraisonnable pour l'agente des visas d'être incapable de conclure que les fonds du demandeur étaient de provenance légitime — L'agente des visas avait compétence — Le demandeur a invoqué à tort *Chen c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), *Belkacem c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Le paragraphe 9(1) de la Loi (portant sur la responsabilité provinciale exclusive) ne s'applique pas en l'espèce — Demande rejetée.*

This was a judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's permanent resident visa application as a member of the provincial nominee class.

The applicant, a Chinese citizen, was selected as a provincial nominee after arranging employment in British Columbia. The visa officer requested that the applicant provide additional documentation proving the source of his income and the profitability of the companies where he had been employed. The requested documents included a completed Schedule 4A, a form normally required by provincial nominees immigrating under the business, entrepreneur or self-employed categories, even though the applicant was not immigrating under any of these categories. The applicant submitted Schedule 4A, but was unable to provide all of the documents requested by the visa officer. As a result, the visa officer could not complete a comprehensive and proper assessment of the applicant's admissibility.

The main issues were whether the visa officer's use of Schedule 4A and request for additional documents was reasonable, and whether the visa officer lacked jurisdiction to refuse the application in light of the applicant's acceptance as a provincial nominee and sections 11 and 16 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

Held, the application should be dismissed.

The visa officer's request that the applicant submit Schedule 4A and associated documents was not unreasonable and did not violate subsection 15(2) of the Act, which provides that examination of whether a foreign national complies with applicable selection criteria shall be conducted solely on the basis of documents delivered by the province. In this case, Schedule 4A was used independently of the requirements of the Provincial Nominee Program to determine whether or not the applicant was inadmissible pursuant to sections 34 to 42 of the Act. The visa officer's admissibility concerns were whether the applicant's funds were gained through criminality, organized criminality, or misrepresentation. At this stage of the inquiry, the visa officer was not required to specify which ground of inadmissibility was of concern. The information sought was relevant to any of the three mentioned grounds and that is sufficient to establish that it was reasonably required. While it may be unreasonable to request an employee such as the applicant to provide documents showing his previous employers' profitability, the officer considered and accepted the applicant's explanations in each case where he was unable to provide a document. Given the little information provided by the applicant, it was not

Il s'agissait d'un contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de candidat de la province présentée par le demandeur.

Le demandeur, un citoyen chinois, avait été choisi à titre de candidat de la province après qu'il avait obtenu un emploi réservé en Colombie-Britannique. L'agente des visas avait demandé au demandeur de présenter des documents supplémentaires prouvant la source de son revenu et la rentabilité des sociétés où il avait été employé. Les documents que le demandeur devait présenter comprenaient, entre autres, une annexe 4A remplie, qui est un formulaire normalement demandé pour les candidats de la province qui immigreront dans les catégories des gens d'affaires, des entrepreneurs ou des travailleurs autonomes, et ce, malgré que M. Zhou n'immigrerait pas en fonction de ces catégories. Le demandeur a présenté l'annexe 4A, mais il a été incapable de présenter tous les documents demandés par l'agente des visas. L'agente des visas ne pouvait donc effectuer une évaluation complète et adéquate de l'admissibilité du demandeur.

Les questions principales étaient de savoir si le fait que l'agente des visas a eu recours à l'annexe 4A et a demandé de présenter des documents supplémentaires était raisonnable, et si l'agente avait compétence pour rejeter la demande, compte tenu du fait qu'il était un candidat de la province et eu égard aux articles 11 et 16 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demande de l'agente des visas que le demandeur présente une annexe 4A et les documents liés n'était pas déraisonnable et ne violait pas le paragraphe 15(2) de la Loi, qui prévoit que le contrôle de conformité de l'étranger aux critères de sélection qui lui sont applicables a pour seul objet de vérifier si, sur la base du document délivré par la province, l'étranger répond à ces critères de sélection. En l'espèce, l'annexe 4A a été utilisée indépendamment des exigences du Programme des candidats des provinces pour déterminer si le demandeur était interdit de territoire au sens des articles 34 à 42 de la Loi. Les préoccupations de l'agente quant à l'admissibilité portaient sur la question de savoir si le demandeur avait gagné ses fonds au moyen de la criminalité, de la criminalité organisée ou d'une fausse déclaration. À cette étape de l'enquête, l'agente ne devait pas préciser quels motifs d'interdictions de territoires étaient visés. Les renseignements demandés étaient pertinents quant à n'importe lequel des trois motifs mentionnés et cela est suffisant pour établir que les documents étaient raisonnablement requis. Bien qu'il puisse être déraisonnable de demander à un employé, comme le demandeur, de présenter des documents montrant la rentabilité de ses anciens employeurs, l'agente a tenu compte

unreasonable for the visa officer to be unable to conclude that the applicant's income and assets were derived from legal and legitimate sources.

The applicant's reliance on *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* and *Belkacem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* in arguing that the visa officer lacked jurisdiction to refuse the application is misplaced. Those decisions involved paragraph 12(a) of the *Canada-Québec Accord Relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens*, which gives Quebec sole responsibility for the selection of foreign nationals who intend to reside in that province, thus resulting in the application of paragraph 9(1)(a) of the Act. Because British Columbia does not have sole responsibility to select foreign nationals, subsection 9(1) of the Act did not apply herein.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(3).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 9(1), 11 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116), 15(2), 16, 34, 35, 36 (as am. *idem*, c. 3, s. 3), 37, 38, 39, 40, 41, 42, 72(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Canada-British Columbia Immigration Agreement, April 2010, s. 7.1(b), online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/agreements/bc/bc-2010.asp>>.
Canada-Québec Accord relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens, February 5, 1991, s. 12(a), online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/agreements/quebec/can-que.asp>>.

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Chang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 531; *Anfu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 395; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 41, 307 F.T.R. 314; *Belkacem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 375.

des explications que le demandeur avait présentées et les a acceptées, et ce, à chaque fois qu'il avait été incapable de présenter des documents. Compte tenu du peu de renseignements présentés par le demandeur, il n'était pas déraisonnable pour l'agente des visas d'être incapable de conclure que le revenu et les actifs du demandeur provenaient de sources légales et légitimes.

Le demandeur a invoqué à tort les décisions *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et *Belkacem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* pour prétendre que l'agente des visas n'avait pas compétence pour rejeter la demande. Ces décisions portaient sur l'alinéa 12a) de l'*Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*, qui prévoit que le Québec est seul responsable de la sélection des étrangers qui ont l'intention d'habiter dans cette province, ce qui déclenche donc l'application de l'alinéa 9(1)a) de la Loi. Comme la Colombie-Britannique n'est pas la responsable exclusive de la sélection des immigrants, le paragraphe 9(1) de la Loi ne s'applique pas en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(3).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 9(1), 11 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116), 15(2), 16, 34, 35, 36 (mod., *idem*, ch. 3, art. 3), 37, 38, 39, 40, 41, 42, 72(1).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord Canada-Colombie-Britannique sur l'immigration, avril 2010, art. 7.1b), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/lois-politiques/ententes/cb/cb-2010.asp>>.
Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains, le 5 février 1991, art. 12a), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/lois-politiques/ententes/quebec/quebec-acc.asp>>.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Chang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 531; *Anfu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 395; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 41; *Belkacem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 375.

CONSIDERED:

Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2000] 2 F.C. 348, (1999), 177 F.T.R. 190, 5 Imm. L.R. (3d) 101 (T.D.), aff'd 2001 FCA 43, 278 N.R. 36; *Kaur v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1995), 98 F.T.R. 91 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365.

APPLICATION for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's permanent resident visa application as a member of the provincial nominee class. Application dismissed.

APPEARANCES

Lawrence Wong for applicant.
Helen Park for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Lawrence Wong & Associates, Richmond, British Columbia, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] ZINN J.: Mr. Zhou, pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 [the Act], asks the Court to set aside a decision refusing his application for a permanent resident visa as a member of the provincial nominee class.

[2] For the reasons that follow, his application is dismissed.

Background

[3] Mr. Zhou is a Chinese citizen. He applied and was selected by British Columbia as a provincial nominee on May 6, 2009. He had arranged employment with Togi

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Biao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] 2 C.F. 348 (1^{re} inst.), conf. par 2001 CAF 43; *Kaur c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al.*, [1995] A.C.F. n° 756 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION CITÉE :

Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CAF 89.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de candidat de la province présentée par le demandeur. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Lawrence Wong pour le demandeur.
Helen Park pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Lawrence Wong & Associates, Richmond (Colombie-Britannique), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : M. Zhou, en application du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 [la Loi], demande à la Cour d'annuler une décision par laquelle sa demande de visa de résident permanent à titre de candidat de la province a été rejetée.

[2] Sa demande sera rejetée pour les motifs qui suivent.

Le contexte

[3] M. Zhou est un citoyen chinois. Il a présenté une demande et a été choisi par la Colombie-Britannique comme candidat de la province le 6 mai 2009. Il avait

Garments Ltd. and submitted his application for permanent residence to the Canadian Embassy in Beijing.

[4] By letter dated November 17, 2009, the visa officer processing the application requested that Mr. Zhou provide additional documentation proving the source of his income and the profitability of the companies where he had been employed. The officer provided a list of documents the applicant was to provide, which included a completed Schedule 4A, a form normally required to be completed by provincial nominees immigrating under the business, entrepreneur, or self-employed categories; however, Mr. Zhou was not immigrating under any of these categories.

[5] Mr. Zhou submitted Schedule 4A, but was unable to provide all of the documents requested by the officer. In her decision, the officer wrote that the applicant's failure to adequately account for his net worth made it impossible for her to complete a comprehensive and proper assessment of his admissibility. The basis for the decision reached is summarized in the following passages from the officer's letter, dated February 12, 2010:

In order for your application to succeed, you must satisfy me that you meet all of the requirements of IRPA and the regulations, including a determination that you are not a member of an inadmissible class of persons described in subsections 34-42. Your failure to adequately account for the origins of your net worth makes it impossible for me to complete a comprehensive and proper assessment of admissibility in your case.

Subsection 16(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* requires that a person who makes an application must answer truthfully all questions put to them for the purposes of the examination and must produce all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires. You do not meet these requirements because you have not complied with my request for evidence to satisfy me that your personal net worth and income were derived from legal and legitimate sources.

...

Subsection 11(1) of the Act provides that a foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or any other document required by the regulations. The visa or

un emploi réservé avec Togi Garments Ltd. et il a présenté sa demande de résidence permanente à l'Ambassade canadienne à Beijing.

[4] Dans une lettre datée du 17 novembre 2009, l'agente des visas qui examinait la demande a demandé à M. Zhou de présenter des documents supplémentaires prouvant la source de son revenu et la rentabilité des compagnies où il avait été employé. L'agente a fourni une liste de documents que le demandeur devait présenter, y compris une annexe 4A qu'il devait remplir, qui est un formulaire normalement demandé pour les candidats de la province qui immigreront dans les catégories des gens d'affaires, des entrepreneurs ou des travailleurs autonomes; cependant, M. Zhou n'immigrerait pas en fonction de ces catégories.

[5] M. Zhou a présenté l'annexe 4A, mais il a été incapable de présenter tous les documents demandés par l'agente. Dans sa décision, l'agente a écrit que le défaut du demandeur d'expliquer adéquatement son avoir net l'empêchait d'effectuer une évaluation complète et adéquate de son admissibilité. Le fondement de la décision est résumé dans les passages suivants de la lettre de l'agente, datée du 12 février 2010 :

[TRADUCTION] Pour que votre demande soit accueillie, vous devez me convaincre que vous satisfaites à toutes les exigences de la LIPR et du règlement, y compris que vous n'êtes pas un membre d'une catégorie de personnes non admissibles décrite aux articles 34 à 42. Votre omission d'avoir fait un compte rendu adéquat à l'égard de la provenance de votre avoir net personnel fait qu'il m'est impossible de compléter une évaluation détaillée et appropriée de votre admissibilité.

Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prescrit que l'auteur d'une demande au titre de la Loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les documents requis. Vous ne répondez pas à cette exigence parce que, malgré ma demande, vous n'avez pas fourni de preuve pour me convaincre que votre avoir net personnel et votre revenu provenaient de sources légales et légitimes.

[...]

Le paragraphe 11(1) de la Loi prévoit que l'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visas et autres documents requis par règlement. Le visa ou le

document shall be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

Based on the information that is available, I am not satisfied that you are not inadmissible and that you meet the requirements of the Act for the reasons explained above. I am therefore refusing your application.

[6] The relevant statutory provisions are reproduced in the Annex.

[7] The applicant challenges this decision on a number of grounds including the reasonableness of the request to submit additional documents, the sufficiency of the reasons provided, the jurisdiction of the officer to refuse his application in light of his acceptance as a provincial nominee, and the jurisdiction of the officer to refuse the visa based on sections 11 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116] and 16 of the Act.

[8] The respondent cited *Chang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 531, at paragraph 7; and *Anfu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 395, at paragraphs 18 and 23, in support of its submission that this Court has consistently “held that a visa officer has both the right and the duty to require an applicant to produce documents which the officer believes are necessary for him or her to consider an application.”

[9] I agree with the applicant that care must be taken in relying on these decisions. First, they both involved visa applications under the investor category, unlike the application at hand. Second, and more importantly, both decisions refer and rely upon the 1999 decision of this Court in *Biao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 348 (T.D.), affd 2001 FCA 43, 212 F.T.R. 317, which in turn relied on a decision of Justice Rothstein, as he then was, in *Kaur v. Minister of Employment and Immigration et al.* (1995), 98 F.T.R. 91 (F.C.T.D.). These decisions considered the language of subsection 9(3) of the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 which, in relevant part, provided that “[e]very person shall ... produce such documentation as may be required by the visa officer for the purpose of

document est ensuite délivré si, après examen, l’agent est convaincu que l’étranger n’est pas interdit de territoire et se conforme à la Loi.

À la lumière de l’information qui est disponible et pour les motifs précédents, je ne suis pas convaincue que vous n’êtes pas interdit de territoire et que vous vous conformez aux exigences de la Loi. Je refuse donc votre demande.

[6] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites à l’annexe.

[7] Le demandeur conteste cette décision pour de nombreuses raisons, y compris le caractère raisonnable de la demande de présenter des documents supplémentaires, le caractère suffisant des motifs fournis, la compétence de l’agente de refuser sa demande, compte tenu du fait qu’il était un candidat de la province, et la compétence de l’agente de refuser le visa en application des articles 11 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116] et 16 de la Loi.

[8] Le défendeur a cité les décisions *Chang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 531, au paragraphe 7; et *Anfu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 395, aux paragraphes 18 et 23, à l’appui de son observation selon laquelle la Cour « a statué que l’agent des visas a le droit et l’obligation d’exiger que le demandeur produise les pièces qui, selon lui, sont nécessaires à l’examen de la demande ».

[9] Je suis d’accord avec le demandeur qu’il faut être prudent lorsqu’on se fonde sur ces décisions. Premièrement, elles portaient toutes deux sur des demandes de visa dans la catégorie des investisseurs, contrairement à la demande en l’espèce. Deuxièmement, et de façon plus importante, les deux décisions se fondent sur la décision de 1999 de la Cour dans *Biao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 2 C.F. 348 (1^{re} inst.), conf. par 2001 CAF 43, qui se fondait quant à elle sur la décision du juge Rothstein, alors juge de la Cour fédérale, dans *Kaur c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration et al.*, [1995] A.C.F. n° 756 (1^{re} inst.) (QL). Ces décisions tenaient compte du libellé du paragraphe 9(3) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui, dans sa

establishing that his admission would not be contrary to this Act or the regulations.” Subsection 16(1) of the current Act provides, in relevant part, that an applicant must produce “all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires” (emphasis added). Accordingly, it is no longer the case that an officer has unfettered discretion in demanding documents from an applicant; the request is subject to review if there is an allegation that the decision was based on the failure to provide documents requested where they were not reasonably required.

[10] Notwithstanding the addition of a reasonableness test, I reject the applicant’s submission that the officer’s request that the applicant submit Schedule 4A and the associated documents was unreasonable. The request for further documentation related to concerns surrounding admissibility and, contrary to the applicant’s submission, did not violate subsection 15(2) of the Act, which provides that examination of whether a foreign national complies with applicable selection criteria shall be conducted solely on the basis of documents delivered by the province. Although Schedule 4A is normally used for applicants in the business, entrepreneur, or self-employed class, in this case Schedule 4A was being used as a means to provide information and documents to the officer in order that she could determine whether or not the applicant was inadmissible pursuant to sections 34 to 42 [s. 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3)] of the Act, independently of the requirements of the Provincial Nominee Program. The applicant’s objection amounts to a focus on form over substance.

[11] The applicant says that the refusal of his application appears to be based on an alleged inadequacy in his explanation as to the origins of funds, but that the origin of funds is neither a selection criteria nor an inadmissibility factor. The applicant says that the negative decision must have been based on inadmissibility considerations but the officer made no specific finding that the applicant was inadmissible; rather the officer stated

partie pertinente, prévoyait que « [t]oute personne doit [...] produire toutes les pièces qu’exige celui-ci pour établir que son admission ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements. » Le paragraphe 16(1) de la Loi actuelle prévoit, dans sa partie pertinente, qu’un demandeur doit produire « tous éléments de preuve pertinents et présenter les documents requis » (non souligné dans l’original). Par conséquent, il n’est plus vrai qu’un agent a un pouvoir discrétionnaire absolu pour demander des documents à un demandeur; la demande est susceptible de contrôle s’il peut être allégué que la décision a été fondée sur le défaut de présenter les documents requis, alors qu’ils n’étaient pas raisonnablement requis.

[10] Peu importe l’ajout du critère de la raisonabilité, je rejette l’observation du demandeur selon laquelle la demande de l’agent que le demandeur présente une annexe 4A et les documents liés était déraisonnable. La demande de documents supplémentaires était liée à des préoccupations au sujet de l’admissibilité du demandeur et, contrairement à ce qu’il soutient, ne violait pas le paragraphe 15(2) de la Loi, qui prévoit que le contrôle de conformité de l’étranger aux critères de sélection qui lui sont applicables a pour seul objet de vérifier si, sur la base du document délivré par la province, l’étranger répond à ces critères de sélection. Bien que l’annexe 4A soit normalement utilisée pour des demandeurs dans les catégories des gens d’affaires, des entrepreneurs ou des travailleurs autonomes, en l’espèce, l’annexe 4A a été utilisée afin de fournir des renseignements et des documents à l’agent afin qu’elle puisse déterminer si le demandeur était interdit de territoire au sens des articles 34 à 42 [art. 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3)] de la Loi, indépendamment des exigences du Programme des candidats des provinces. Par cette objection, le demandeur s’attache à la forme plutôt qu’au fond.

[11] Le demandeur soutient que le rejet de sa demande semble être fondé sur le caractère prétendument inadéquat de son explication quant à l’origine des fonds, mais que l’origine des fonds n’est ni un critère de sélection, ni un facteur d’interdiction de territoire. Le demandeur soutient que la décision défavorable devait être fondée sur des questions d’interdiction de territoire, mais que l’agent n’a tiré aucune conclusion précise à savoir si le

that an admissibility determination is not possible because of the lack of information.

[12] The applicant says that because the officer did not find him inadmissible, the refusal decision must be set aside because the officer lacked the jurisdiction to refuse the application. He relies of the *obiter* comments of Justice Kelen in *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 41, 307 F.T.R. 314, where he stated, at paragraph 18, that:

Paragraph 9(1)(a) of the Act provides that the applicant shall be granted permanent resident status because he met the Québec selection criteria as an investor immigration unless found inadmissible. The visa officer did not find the applicant inadmissible; rather, the visa officer said he could not be “satisfied that the applicant is not inadmissible”. This is not a finding that the applicant is inadmissible. If the visa officer concluded that Mr. Chen was not truthfully answering questions about his source of funds as required under section 16 of the Act, the visa officer could have found Mr. Chen inadmissible under sections 40 or 41 of the Act. He did not do so, and did not have the jurisdiction to deny a permanent resident visa to Mr. Chen under paragraph 9(1)(a) of the Act.

[13] The applicant’s reliance on *Chen* and on *Belkacem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 375, as to the jurisdiction of the officer to refuse a visa application absent a finding of inadmissibility is misplaced. Both *Chen* and *Belkacem* involved decisions made by the Province of Quebec under the *Canada-Québec Accord relating to Immigration and Temporary Admission of Aliens* [February 5, 1991]. Paragraph 12(a) of that Accord provides that “Québec has sole responsibility for the selection of immigrants destined to that province and Canada has sole responsibility for the admission of immigrants to that province.” Because Quebec has sole responsibility for the selection of foreign nationals who intend to reside in that province, paragraph 9(1)(a) of the Act applies. It was that provision that was relied on by the Court in both cases as suggesting that the officer had no jurisdiction to deny a visa absent a finding of inadmissibility.

demandeur était interdit de territoire; l’agente a plutôt déclaré qu’il lui était impossible de rendre une décision au sujet de l’admissibilité en raison du manque de renseignements.

[12] Le demandeur soutient que, comme l’agente n’a pas conclu qu’il était interdit de territoire, la décision négative doit être annulée, parce que l’agente n’avait pas compétence pour rejeter sa demande. Il se fonde sur les remarques incidentes du juge Kelen dans la décision *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 41, où il a déclaré, au paragraphe 18 :

L’alinéa 9(1)a) de la Loi prévoit qu’un demandeur obtiendra le statut de résident permanent s’il satisfait aux exigences de sélection du Québec à titre d’investisseur et qu’il n’est pas interdit de territoire. L’agent des visas n’a pas conclu que le demandeur était interdit de territoire; en fait, l’agent des visas a déclaré qu’il ne pouvait pas [TRADUCTION] « être convaincu que le demandeur n’est pas interdit de territoire ». Il ne s’agit pas d’une conclusion selon laquelle le demandeur est interdit de territoire. Si l’agent des visas avait conclu que M. Chen ne répondait pas véritablement aux questions au sujet de la source de ses fonds, comme l’exige l’article 16 de la Loi, il aurait pu conclure que M. Chen était interdit de territoire en vertu des articles 40 ou 41 de la Loi. Il ne l’a pas fait et, compte tenu de l’alinéa 9(1)a) de la Loi, il n’avait pas la compétence pour refuser le visa de résident permanent à M. Chen.

[13] Le demandeur se fonde avec erreur sur les décisions *Chen* et *Belkacem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 375, quant à la question de la compétence de l’agente de rejeter la demande de visa sans tirer de conclusion au sujet de l’interdiction de territoire. Les décisions *Chen* et *Belkacem* portaient sur des décisions rendues par la province de Québec en vertu de l’*Accord Canada-Québec relatif à l’immigration et à l’admission temporaire des aubains* [5 février 1991]. L’alinéa 12a) de cet Accord prévoit que « [l]e Québec est seul responsable de la sélection des immigrants à destination de cette province et le Canada est seul responsable de l’admission des immigrants dans cette province. » Comme le Québec est seul responsable de la sélection des étrangers qui ont l’intention d’habiter dans cette province, l’alinéa 9(1)a) de la Loi s’applique. C’est sur cette disposition que la Cour s’est fondée dans les deux décisions pour laisser entendre

[14] The agreement with British Columbia under which Mr. Zhou was nominated does not give sole responsibility to British Columbia for selection of foreign nationals for immigration. Paragraph 7.1(b) of the *Canada-British Columbia Immigration Agreement*, 2010, provides that “Canada will have responsibility for ... establishing selection criteria and selecting foreign nationals, taking into account the role of British Columbia in nominating Provincial Nominees”. Because the province does not have sole responsibility to select foreign nationals, subsection 9(1) of the Act does not apply. Subsection 9(1) provides that:

Sole provincial responsibility — permanent residents

9. (1) Where a province has, under a federal-provincial agreement, sole responsibility for the selection of a foreign national who intends to reside in that province as a permanent resident, the following provisions apply to that foreign national ... [Emphasis added.]

[15] The last issue raised by the applicant is whether the additional documents the officer sought were “documents that the officer reasonably requires” within the meaning of subsection 16(1) of the Act.

[16] To assess whether documents are reasonably required by an officer, one must understand why they are being requested. The applicant asserts that the officer never stated which ground of inadmissibility in sections 34 to 42 of the Act was of concern and therefore the reasonableness of the request cannot be determined.

[17] What the officer did clearly state to the applicant in the fairness letter was that she was seeking evidence to satisfy her that the applicant’s “personal net worth and income were derived from legal and legitimate sources”. It is evident that the officer’s concerns related to the source of the applicant’s funds and that her admissibility concerns related to one or more of criminality, organized criminality, or misrepresentation. On these facts, I do not

que l’agent n’avait pas compétence pour rejeter un visa s’il n’y avait pas de conclusion d’interdiction de territoire.

[14] L’entente avec la Colombie-Britannique en vertu de laquelle M. Zhou a été nommé ne donne pas la responsabilité unique à la Colombie-Britannique de la sélection des immigrants à destination de cette province. L’alinéa 7.1(b) de l’*Accord Canada-Colombie-Britannique sur l’immigration*, 2010 prévoit que « le Canada a la responsabilité [...] d’établir les critères de sélection et sélectionner les étrangers, en tenant compte du rôle de la Colombie-Britannique dans la désignation de candidats de la province ». Comme la province n’est pas seule responsable de la sélection des immigrants, le paragraphe 9(1) de la Loi ne s’applique pas. Le paragraphe 9(1) prévoit que :

Responsabilité provinciale exclusive : résidents permanents

9. (1) Lorsqu’une province a, sous le régime d’un accord, la responsabilité exclusive de sélection de l’étranger qui cherche à s’y établir comme résident permanent, les règles suivantes s’appliquent à celui-ci [...] [Non souligné dans l’original.]

[15] La dernière question soulevée par le demandeur est celle de savoir si les documents supplémentaires que l’agente a demandés étaient des « documents requis » au sens du paragraphe 16(1) de la Loi.

[16] Pour déterminer quels documents sont raisonnablement requis par un agent, il faut comprendre pourquoi les documents sont demandés. Le demandeur soutient que l’agente n’a jamais établi quels motifs d’interdiction de territoire des articles 34 à 42 de la Loi étaient visés et, par conséquent, on ne peut pas conclure si la demande était raisonnable.

[17] Ce que l’agente a clairement expliqué au demandeur dans la lettre relative à l’équité, c’est qu’elle demandait des preuves la convainquant que les [TRADUCTION] « avoirs nets personnels et le revenu [du demandeur] provenaient de sources légales et légitimes ». Il est clair que les préoccupations de l’agente portaient sur la source des fonds du demandeur et que ses préoccupations quant à l’interdiction de territoire

accept that the officer at this stage of her inquiry was required to specify which particular ground of inadmissibility was of concern. The information sought was clearly relevant to any of the three mentioned grounds and that is sufficient to establish that it was reasonably required.

[18] I agree with the applicant that asking the applicant to provide documents from previous employers showing the employers' profitability may be an unreasonable request given that the applicant was a mere employee and not a shareholder or director of those businesses. However, the applicant provided an explanation in each case where he was unable to provide a document and the officer appears to have considered and accepted those explanations. The officer writes:

I have taken into account your explanation that some of the documents are no longer available due to the passage of time and to the fact that the companies operating from 1994 to 2000 have closed down, yet the complete absence of any third party, reliable financial evidence of the origins of your income during those years remains a concern. Furthermore, you have not provided satisfactory evidence of the regular accumulation of your personal savings as required.

In any event, the denial of the visa was not based on the refusal or inability to provide this information.

[19] The officer was concerned about the origin of the income from that period because the applicant asserted that in 2000 he established a company with a total personal investment of RMB 400 000 [renminbi]. This company's assets have increased significantly and his share is now valued at more than RMB 2 000 000.

[20] The applicant stated that he earned approximately RMB 700 000 between 1994 and 1999 from his employment with Gaoyou Nanjiao Materials Supplying and Marketing Company and RMB 650 000 between 1998 and 2000 from his employment with Gaoyou Tianyu Packaging Factory.

portaient sur la criminalité, la criminalité organisée ou sur la fausse déclaration. Compte tenu de ces faits, je ne suis pas d'avis que l'agente, à cette étape de son enquête, devait préciser quels motifs d'interdiction de territoire étaient visés. Les renseignements demandés étaient tout à fait pertinents quant à n'importe lequel des trois motifs mentionnés et cela est suffisant pour établir que les documents étaient raisonnablement requis.

[18] Je conviens avec le demandeur que le fait de lui demander de présenter des documents de ses employeurs précédents montrant la rentabilité de l'employeur pouvait être une demande déraisonnable, compte tenu du fait que le demandeur n'avait été qu'un employé et non un actionnaire ou un directeur de ces entreprises. Cependant, le demandeur a présenté une explication à chaque fois qu'il a été incapable de présenter des documents et l'agente semble avoir tenu compte de ces explications et les avoir acceptées. L'agente a écrit :

[TRADUCTION] J'ai tenu compte de vos explications selon lesquelles certains des documents ne sont plus disponibles en raison du temps qui s'est écoulé et du fait que les compagnies qui ont fait affaire de 1994 à 2000 sont maintenant fermées, par contre l'absence totale d'une preuve financière fiable d'une tierce partie au sujet de l'origine de votre revenu pendant ces années reste préoccupante. De plus, vous n'avez pas présenté de preuve satisfaisante au sujet de l'accumulation régulière de votre épargne personnelle comme je vous l'ai demandé.

De toute façon, le rejet du visa n'était pas fondé sur le refus ou l'incapacité de présenter ces renseignements.

[19] L'agente était préoccupée par la source du revenu pendant cette période, parce que le demandeur avait soutenu qu'en 2000, il avait établi une compagnie dans laquelle il avait investi personnellement 400 000 RMB [renminbi]. Les actifs de cette compagnie ont grandement augmenté et sa part vaut maintenant plus de 2 000 000 RMB.

[20] Le demandeur soutient qu'il a gagné environ 700 000 RMB entre 1994 et 1999 par son emploi chez Gaoyou Nanjiao Materials Supplying and Marketing Company et 650 000 RMB entre 1998 et 2000 par son emploi chez Gaoyou Tianyu Packaging Factory.

[21] The applicant was asked to provide documents showing the accumulation of his personal savings from 1978 to the present. In response he wrote:

Because I was used to consume in cash on most occasions, I only have a few current accounts. Furthermore, the computer system of local bank in Gaoyou City, P.R. China is keeping updating, so the transaction record of the past cannot be inquired. Therefore, I can only provide the history record of the following three current accounts. [sic]

None of the information presented pre-dates 2009.

[22] The applicant submits that the officer acted unreasonably in failing to consider the evidence presented and the explanations offered when the documents requested were not available. In my view, the applicant's disagreement is with the assessment of the weight the officer gave to the information that he did provide. The applicant was effectively asking the officer to accept his word that he had earned and saved the necessary funds from his employment in the years preceding the incorporation of his business in order to invest in his business, without offering any objective support for that assertion. Given the little information the applicant was able to provide to the officer, the decision that the officer reached, that she was unable to satisfy herself that his income and assets were derived from legal and legitimate sources, cannot be said to be unreasonable.

[23] For these reasons the application must be dismissed.

[24] The applicant proposes three questions for certification. The respondent opposes certification of any of them.

[25] The first two questions proposed are:

1. Does a visa officer have jurisdiction to refuse an accepted provincial nominee under paragraph 9(1)(a) of

[21] On a demandé au demandeur de présenter des documents montrant l'accumulation de son épargne personnelle de 1978 jusqu'à ce jour. En réponse, il a écrit :

[TRADUCTION] Comme j'étais payé en argent comptant la plupart du temps, j'ai peu de comptes à jour. De plus, le système informatique de la banque locale à Gaoyou City, dans la République populaire de Chine, est en constante mise à jour, il est donc impossible d'obtenir des dossiers de transactions passées. Par conséquent, je peux seulement présenter un dossier pour les trois comptes actuels suivants.

Aucun des renseignements présentés n'est antérieur à 2009.

[22] Le demandeur soutient que l'agente a agi de façon déraisonnable en ne tenant pas compte de la preuve qu'il a présentée et des explications qu'il a offertes lorsque les documents demandés n'étaient pas disponibles. À mon avis, le demandeur conteste l'évaluation du poids que l'agente a accordée aux renseignements qu'il a présentés. Le demandeur souhaitait réellement que l'agente accepte sa parole au sujet du fait qu'il avait gagné et économisé les fonds nécessaires lors de ses emplois dans les années précédant l'incorporation de son entreprise, afin d'investir dans son entreprise, sans offrir de preuve objective pour cette affirmation. Compte tenu du peu de renseignements que le demandeur a pu présenter à l'agente, la décision que l'agente a tirée, au sujet du fait qu'elle était incapable d'être convaincue que son revenu et ses actifs provenaient de sources légales et légitimes, ne peut pas être qualifié de déraisonnable.

[23] Pour ces motifs, la demande doit être rejetée.

[24] Le demandeur propose trois questions pour la certification. Le défendeur s'oppose à toute certification de ces questions.

[25] Les deux premières questions proposées sont les suivantes :

1. Un agent des visas a-t-il compétence pour rejeter un candidat de la province, au sens de l'alinéa 9(1)a) de la

the *Immigration and Refugee Protection Act* in the absence of an admissibility finding?

2. Does paragraph 9(1)(a) create an exception to the power of a visa officer to refuse an accepted provincial nominee under subsections 11(1) and 16(1) of *Immigration and Refugee Protection Act*?

[26] Having found that subsection 9(1) of the Act does not apply to the facts of this case because British Columbia does not have sole authority to select immigrants, the questions posed would not be dispositive of an appeal.

[27] The third question proposed is:

3. Is it reasonable for a visa officer to require a skilled worker or non-business category applicant to obtain from his former employer business documents such as financial statements and tax statements to prove the profitability of the employer's company in relation to the applicant's source of funds?

[28] The response to the proposed question would only be dispositive of an appeal in this case if the officer had refused the visa because the applicant had failed to provide the information referenced in the question. In this case, the officer's decision was not based on the failure to provide that information but the lack of other information showing the applicant's accumulation of wealth; the question would thus not be dispositive of an appeal.

[29] As the questions would not be dispositive of an appeal, they are not proper questions to certify: *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed and no question is certified.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, en l'absence d'une conclusion au sujet de l'admissibilité?

2. L'alinéa 9(1)a crée-t-il une exception au pouvoir de l'agent des visas de rejeter un candidat de la province en application des paragraphes 11(1) et 16(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

[26] Comme j'ai conclu que le paragraphe 9(1) de la Loi ne s'applique pas aux faits en l'espèce, parce que la Colombie-Britannique n'est pas seule responsable de la sélection des immigrants, les questions posées ne seraient pas déterminantes dans un appel.

[27] La troisième question proposée est la suivante :

3. Est-il raisonnable qu'un agent des visas demande à un demandeur dans la catégorie des travailleurs qualifiés ou dans une catégorie non reliée aux entreprises d'obtenir auprès de son employeur des documents sur l'entreprise tels que des états financiers et des relevés d'impôt pour prouver la rentabilité de la compagnie de l'employeur en lien avec la source de financement du demandeur?

[28] La réponse à la question proposée ne serait déterminante dans un appel que si l'agent a rejeté le visa parce que le demandeur n'a pas présenté les renseignements mentionnés dans la question. En l'espèce, la décision de l'agente n'était pas fondée sur le défaut de présenter ces renseignements, mais sur le manque d'autres renseignements montrant l'accumulation de la richesse du demandeur; la question ne serait donc pas déterminante dans un appel.

[29] Comme les questions ne seraient pas déterminantes dans un appel, il n'est pas approprié de les certifier : *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande soit rejetée et qu'aucune question ne soit certifiée.

ANNEX

ANNEXE

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 7

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

Sole provincial responsibility — permanent residents

9. (1) Where a province has, under a federal-provincial agreement, sole responsibility for the selection of a foreign national who intends to reside in that province as a permanent resident, the following provisions apply to that foreign national, unless the agreement provides otherwise:

(a) the foreign national, unless inadmissible under this Act, shall be granted permanent resident status if the foreign national meets the province's selection criteria;

...

Application before entering Canada

11. (1) A foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or for any other document required by the regulations. The visa or document may be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

...

Obligation — answer truthfully

16. (1) A person who makes an application must answer truthfully all questions put to them for the purpose of the examination and must produce a visa and all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires.

9. (1) Lorsqu'une province a, sous le régime d'un accord, la responsabilité exclusive de sélection de l'étranger qui cherche à s'y établir comme résident permanent, les règles suivantes s'appliquent à celui-ci sauf stipulation contraire de l'accord :

a) le statut de résident permanent est octroyé à l'étranger qui répond aux critères de sélection de la province et n'est pas interdit de territoire;

[...]

11. (1) L'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visa et autres documents requis par règlement. L'agent peut les délivrer sur preuve, à la suite d'un contrôle, que l'étranger n'est pas interdit de territoire et se conforme à la présente loi.

[...]

16. (1) L'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visa et documents requis.

Responsabilité provinciale exclusive : résidents permanents

Visa et documents

Obligation du demandeur

2010 FC 1233
T-1552-08

2010 CF 1233
T-1552-08

Georgia Strait Alliance, Sierra Club of Canada, David Suzuki Foundation, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, International Fund for Animal Welfare, Raincoast Conservation Society, and Western Canada Wilderness Committee (*Applicants*)

La Georgia Strait Alliance, le Sierra Club du Canada, la Fondation David Suzuki, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, le Fonds international pour la protection des animaux, la Raincoast Conservation Society, et le Western Canada Wilderness Committee (*demandeurs*)

v.

c.

Minister of Fisheries and Oceans (*Respondent*)

Le ministre des Pêches et des Océans (*défendeur*)

T-541-09

T-541-09

David Suzuki Foundation, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, International Fund for Animal Welfare, Raincoast Conservation Society, Sierra Club of Canada, and Western Canada Wilderness Committee (*Applicants*)

La Fondation David Suzuki, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Greenpeace Canada, le Fonds international pour la protection des animaux, la Raincoast Conservation Society, le Sierra Club du Canada, et le Western Canada Wilderness Committee (*demandeurs*)

v.

c.

Minister of Fisheries and Oceans, Minister of the Environment (*Respondents*)

Le ministre des Pêches et des Océans, le ministre de l'Environnement (*défendeurs*)

INDEXED AS: DAVID SUZUKI FOUNDATION v. CANADA (FISHERIES AND OCEANS)

RÉPERTORIÉ : FONDATION DAVID SUZUKI c. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS)

Federal Court, Russell J.—Vancouver, June 14; Ottawa, December 7, 2010.

Cour fédérale, juge Russell—Vancouver, 14 juin; Ottawa, 7 décembre 2010.

* Editor's Note: This decision has been reversed in part on appeal (A-2-11, 2012 FCA 40). The reasons for judgment, handed down February 9, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

* Note de l'arrêtiste : La présente décision a été infirmée en partie en appel (A-2-11, 2012 CAF 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 9 février 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Environment — Judicial reviews of decisions concerning respondents' obligations under Species at Risk Act (SARA), s. 8 to provide legal protection for critical habitat of two populations of killer whales — First application challenging Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) issued

Environnement — Contrôles judiciaires de décisions ayant trait aux obligations que l'art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la LEP) imposent aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards — La première demande conteste la déclaration du ministre des Pêches et des Océans, intitulée Épaulards (Orcinus orca) résidents du nord et du sud du Canada :

pursuant to SARA, s. 58(5)(b) — Second application challenging protection order made jointly by Minister of Fisheries and Oceans, Minister of the Environment (ministers or respondents) limiting scope of Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order (Protection Order) made pursuant to SARA, s. 58(5)(a) — Northern and southern resident killer whales considered at risk — Minister of Fisheries and Oceans erring in law in issuing protection statement relying on policy, other non-statutory instruments, prospective laws, ministerial discretion to provide legal protection for critical habit — Protection against destruction of critical habitat provided by SARA, s. 58(1) applying only where competent minister issuing protection order under s. 58(4) — Competent minister having no discretion to rely on provision of other federal law unless law providing equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through SARA, ss. 58(1), (4) — Provisions cited in Protection Statement not legally protecting critical habitat from destruction since discretionary protection neither mandatory nor enforceable — Protection Statement in present case unlawful because legally protecting only certain components of critical habitat, failing to prevent most significant threats thereto — As for Protection Order, ministers acting unlawfully in limiting its application to geophysical areas rather than protecting all components of critical habit — Therefore, Protection Order also incorrect, unlawful because ministers failing to respond to duty assigned thereto by SARA — Applications allowed.

Construction of Statutes — Respondents having obligation under Species at Risk Act (SARA), s. 58 to provide legal protection for critical habitat of two populations of killer whales — Meaning of protection statement as described in SARA, s. 58(5)(b) examined, interpreted — In s. 58(5)(a), use of word “legally” to modify “protected” together with reference to “provision in or measures under” an “Act of Parliament” confirming that provision(s) cited in protection statement should be law or regulation — Protection statement also intended to cite provisions of or under federal law, not provisions of provincial or municipal laws — Must set out how critical habitat or portions thereof “are” legally protected, not how critical habitat could be or will be legally protected.

Énoncé sur la protection de l’habitat critique (l’Énoncé sur la protection), qui a été publiée conformément à l’art. 58(5)(b) de la LEP — La seconde demande conteste l’arrêté de protection pris conjointement par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l’Environnement (les ministres ou les défenseurs), en vue de limiter la portée de l’Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l’épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est (l’Arrêté de protection) pris en vertu de l’art. 58(5)(a) de la LEP — Les épaulards résidents du nord et du sud sont considérés comme étant en péril — Le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en établissant une déclaration de protection fondée sur des politiques et d’autres instruments non réglementaires, des lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels afin de protéger légalement l’habitat essentiel — La protection relative à la destruction de l’habitat essentiel que prévoit l’art. 58(1) de la LEP ne s’applique que dans le cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu de l’art. 58(4) — Un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des art. 58(1) et (4) de la LEP — Les dispositions citées dans l’Énoncé sur la protection ne protègent pas légalement l’habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n’est ni impérative, ni exécutoire — L’Énoncé sur la protection est illégal en l’espèce, car il ne protégeait légalement que certains éléments de l’habitat essentiel et ne permettait pas d’éviter les menaces les plus sérieuses pour celui-ci — En ce qui a trait à l’Arrêté de protection, les ministres ont agi de manière illégale en limitant son application à des zones géophysiques, plutôt que de protéger tous les éléments de l’habitat essentiel — Par conséquent, l’Arrêté de protection est inexact et illégal, parce que les défenseurs ont omis de répondre à une obligation que leur imposait la LEP — Demandes accueillies.

Interprétation des lois — L’article 58 de la Loi sur les espèces en péril (la LEP) impose aux demandeurs une obligation de protéger légalement l’habitat de deux populations d’épaulards — Le sens d’arrêté de protection, tel que décrit l’art. 58(5)(b) de la LEP a été examiné et interprété — L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’art. 58(5)(a), de pair avec la référence faite aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme que les dispositions citées dans une déclaration de protection doivent être des dispositions légales ou réglementaires — Une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, et non les dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux — Une déclaration de protection doit énoncer de quelle

Practice — Mootness — Applicant challenging Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) issued pursuant to Species at Risk Act (SARA), s. 58(5)(b) — Protection Statement subsequently replaced with Protection Order — While Protection Statement application herein moot, applicants establishing that Federal Court should nevertheless hear, decide fundamental issues of disagreement between parties concerning what can lawfully be relied upon in protection statement, whether Protection Statement herein illegal for failing to provide protections SARA stating ministers owing to resident killer whales.

These were two consolidated applications for judicial review of decisions concerning the respondents' obligations under section 58 of the *Species at Risk Act* (SARA) to provide legal protection for the critical habitat of two populations of killer whales.

The first application (Protection Statement application) challenged the Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement) that was issued pursuant to paragraph 58(5)(b) of SARA in September 2008. It specifically challenged the Minister's decision to issue the Protection Statement. The second application (Protection Order application) challenged a protection order made by the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment (ministers or respondents) in February 2009 to limit the scope of the *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order* (Protection Order) made pursuant to paragraph 58(5)(a) of SARA. It specifically challenged the ministers' decision to limit the scope of the Protection Order such that it applies only to geospatial areas or geophysical attributes of critical habitat and not the biological elements thereof.

Two distinct populations of killer whales are considered at risk: the northern residents and the southern residents (jointly resident killer whales). The southern resident killer whale is an "endangered species" as defined in subsection 2(1) of

façon l'habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés, et non la façon dont l'habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé.

Pratique — Caractère théorique — Demandeur contestant la déclaration du ministre des Pêches et des Océans intitulée Épaulards (Orcinus orca) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l'art. 58(5)(b) de la Loi sur les espèces en péril (la LEP) — L'Énoncé sur la protection a subséquemment été remplacé par l'Arrêté de protection — Bien que la demande relative à l'Énoncé sur la protection en question soit théorique, les demandeurs ont établi que la Cour fédérale doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l'espèce, l'Énoncé sur la protection était illégal parce qu'il omettait de fournir les mesures de protection que, d'après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l'égard des épaulards résidents.

Il s'agissait de deux demandes de contrôle judiciaire jointes qui avaient trait aux obligations qu'impose l'article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards.

La première demande (la demande relative à la déclaration de protection) contestait une déclaration (appelée parfois aussi « énoncé ») du ministre des Pêches et des Océans intitulée Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l'alinéa 58(5)(b) de la LEP en septembre 2008. Plus précisément, elle contestait la décision du ministre de publier l'Énoncé sur la protection. La seconde demande (la demande relative à l'arrêté de protection) contestait un arrêté pris en février 2009 par le ministre des Pêches et des Océans et par le ministre de l'Environnement (les ministres ou les défendeurs) en vue de limiter la portée de l'*Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est* (l'Arrêté de protection) pris en vertu de l'alinéa 58(5)(a) de la LEP. Plus précisément, elle contestait la décision qu'ont prise les ministres de limiter la portée de l'Arrêté de protection de façon à ce qu'il ne s'applique qu'à des zones géospatiales ou à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel, et non aux éléments biologiques de cet habitat.

Deux populations distinctes d'épaulards, soit celle des résidents du nord et celle des résidents du sud, sont considérées comme étant en péril (appelées conjointement les épaulards résidents). L'épaulard résident du sud est une « espèce en voie

SARA whereas the northern resident killer whale is a “threatened species” as defined in subsection 2(1) of SARA. The Department of Fisheries and Oceans (DFO) issued the Protection Statement (which offers indirect protection under other federal laws), which allegedly distinguished between DFO’s duty to provide legal protection for the geophysical attributes of critical habitat and its discretion to “manage and mitigate” threats to biological and other ecosystem features. DFO later reversed its position and replaced the Protection Statement with a protection order (which offers direct protection under SARA). The respondents filed a motion to have the Protection Statement application dismissed on the ground of mootness but it was denied.

The main issues were whether the Federal Court should hear the moot Protection Statement application; whether the Minister of Fisheries and Oceans erred in issuing a protection statement that relies on policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion to provide legal protection for the resident killer whales’ critical habit; and whether the ministers erred in limiting the application of the Protection Order to the geophysical area to the exclusion of the other components of critical habitat.

Held, the applications should be allowed.

While the Protection Statement application was moot, the applicants established that the Federal Court should nevertheless hear and decide the fundamental issues of disagreement between the parties concerning what can lawfully be relied upon in a protection statement and whether the Protection Statement in this case was illegal for failing to provide the protections that SARA states the ministers owe to the resident killer whales.

The Minister of Fisheries and Oceans erred in law in issuing a protection statement that relied on policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion to provide legal protection for the critical habit of the resident killer whales. The protection against the destruction of critical habitat, provided by subsection 58(1) of SARA, applies only where a competent minister issues a protection order under subsection 58(4). Moreover, a competent minister has no discretion to rely on a provision of another federal law unless the law provides an equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through

de disparition », selon la définition prévue au paragraphe 2(1) de la LEP, alors que l’épaulard résident du nord est une « espèce menacée », selon la définition prévue au paragraphe 2(1) de la LEP. Le ministère des Pêches et des Océans (le MPO) a publié l’Énoncé sur la protection (qui assure une protection indirecte en vertu d’autres lois fédérales), qui aurait effectué une distinction entre l’obligation qu’a le MPO de protéger légalement les caractéristiques géophysiques de l’habitat essentiel et le pouvoir discrétionnaire qu’a le MPO de [TRADUCTION] « gérer et atténuer » les menaces qui pèsent sur les caractéristiques biologiques et les autres éléments écosystémiques. Le MPO s’est par la suite ravisé et a remplacé l’Énoncé sur la protection par un arrêté de protection (qui assure une protection directe sous le régime de la LEP). Les défendeurs ont déposé une requête en vue d’obtenir que la demande relative à l’Énoncé sur la protection soit rejetée du fait de son caractère théorique, mais la requête a été rejetée.

Les questions principales étaient de savoir si la Cour fédérale devait entendre la demande relative à la déclaration de protection qui est de nature théorique; si le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en établissant une déclaration de protection qui se fonde sur des politiques et d’autres textes non réglementaires, des dispositions légales prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels pour assurer une protection légale à l’habitat essentiel des épaulards, et si les ministres ont commis une erreur en limitant l’application de l’Arrêté de protection à la zone géophysique, à l’exclusion des autres éléments de l’habitat essentiel.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Bien que la demande relative à la déclaration de protection soit théorique, les demandeurs ont établi que la Cour fédérale doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l’espèce, l’Énoncé sur la protection était illégal parce qu’il omettait de fournir les mesures de protection que, d’après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l’égard des épaulards résidents.

Le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en établissant une déclaration de protection qui était fondée sur des politiques et d’autres instruments non réglementaires, des lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels afin de protéger légalement l’habitat essentiel des épaulards résidents. La protection relative à la destruction de l’habitat essentiel, que prévoit le paragraphe 58(1) de la LEP, ne s’applique que dans le cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4). Par ailleurs, un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition

subsections 58(1) and (4). If a provision cited in a protection statement does not legally protect critical habitat to a degree equalling the protection under subsection 58(1) and other SARA provisions, then the minister must issue a protection order. Under subsection 58(5) of SARA, the minister is obliged to ensure, either through a protection order or a protection statement, that critical habitat is “legally protected”.

In paragraph 58(5)(b), the use of the word “legally” to modify “protected” taken in conjunction with the reference to “a provision in or measures under” an “Act of Parliament” in paragraph 58(5)(a) confirm that a provision cited in a protection statement should be a law or regulation as opposed to a policy or guideline. It is also clear that a protection statement is supposed to cite provisions of or under a federal law, as opposed to provisions of provincial or municipal laws. A protection statement must also set out how the critical habitat or portions thereof “are” legally protected, not how critical habitat could be or will be legally protected. Within the SARA scheme, a protection statement acts as a substitute for a protection order. The provisions cited in a protection statement are intended to provide the same protection for critical habitat as that provided by a protection order. The Protection Statement in this application cited non-statutory instruments, which are policies, not laws that legally protect critical habitat from destruction. Furthermore, a protection statement cannot cite and rely upon prospective laws or those that require some subsequent step to engage or trigger legal protection. The Protection Statement in the present case unlawfully relied on speculative or future regulatory action to protect critical habitat. Provisions cited in the Protection Statement granted a broad, unstructured discretion to permit harmful activities, including those that would destroy critical habitat. Such discretion does not legally protect critical habitat from destruction because discretionary protection is neither mandatory nor enforceable.

While the *Fisheries Act* and regulations were cited in the Protection Statement purportedly to protect the resident killer whales’ critical habitat from numerous threats, the regulatory scheme under the *Fisheries Act* affords far more discretion than SARA. Absent a specific regulation protecting critical habitat, the *Fisheries Act* scheme cannot lawfully substitute

d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des paragraphes 58(1) et (4). Si une disposition citée dans une déclaration de protection ne protège pas légalement l’habitat essentiel jusqu’à un point qui équivaut à la protection que prévoit le paragraphe 58(1) et d’autres dispositions de la LEP, cela signifie que le ministre doit prendre un arrêté de protection. Selon le paragraphe 58(5) de la LEP, le ministre est tenu de s’assurer, soit au moyen d’un arrêté de protection, soit au moyen d’une déclaration de protection, que l’habitat essentiel est « légalement protégé ».

L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’alinéa 58(5)b), de pair avec la référence faite dans l’alinéa 58(5)a) aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme qu’une disposition citée dans une déclaration de protection doit être une disposition légale ou réglementaire, par opposition à une politique ou à une directive. Il est clair aussi qu’une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, par opposition aux dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux. Une déclaration de protection doit énoncer de quelle façon l’habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés — et non la façon dont l’habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé. Sous le régime de la LEP, une déclaration de protection tient lieu de substitut à un arrêté de protection. Les dispositions que l’on cite dans une déclaration de protection visent à assurer, pour l’habitat essentiel, la même protection que celle qu’assure un arrêté de protection. L’Énoncé sur la protection dont il est question dans la présente demande citait des textes non réglementaires, lesquels sont des politiques, et non pas des lois qui protègent légalement l’habitat essentiel de sa destruction. De plus, une déclaration de protection ne peut citer et invoquer des lois prospectives ou celles qui exigent la prise d’une mesure ultérieure pour engager ou déclencher une protection légale. En l’espèce, l’Énoncé sur la protection se fondait de manière illégale sur des mesures réglementaires hypothétiques ou futures pour protéger l’habitat essentiel. Les dispositions citées dans l’Énoncé sur la protection conféraient un pouvoir discrétionnaire, vaste et non structuré, d’autoriser à mener des activités préjudiciables, dont celles qui détruiraient l’habitat essentiel. Ce pouvoir discrétionnaire ne protège pas légalement l’habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n’est ni impérative, ni exécutoire.

Bien que la *Loi sur les pêches* et ses règlements aient été cités dans l’Énoncé sur la protection, censément pour protéger l’habitat essentiel des épaulards contre de nombreuses menaces, le régime réglementaire que prévoit la *Loi sur les pêches* accorde nettement plus de pouvoirs discrétionnaires que la LEP. À défaut d’un règlement précis qui protégerait

for an order under subsection 58(4) of SARA. As well, provincial laws do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA and it was unlawful for the Minister to have cited provincial laws in the Protection Statement. The Protection Statement was moreover unlawful because it was intended to provide legal protection for only certain components of critical habitat and failed to prevent the most significant threats to critical habitat such as reduction in prey availability and toxic contamination.

The applicants' statement of the law and their conclusions regarding the Protection Order and its application to all components of critical habitat were correct. Notwithstanding DFO's subsequent changes of position since the Protection Order originally issued, the ministers acted unlawfully in limiting the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA. The Protection Order was and is incorrect and unlawful because, in limiting its application to geophysical areas, the respondents failed to respond to a duty assigned to them by statute, in this case, SARA. The applicants' interpretation of the ministers' duty under SARA to protect all components of critical habitat for the resident killer whales was fully supported by the plain language of section 58 read in the full context of SARA, the bilingual version of the section and the Federal Court's decision in *Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Auditor General Act*, R.S.C., 1985, c. A-17.
 Bill C-5, *An Act respecting the protection of wildlife species at risk in Canada*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (1st reading, February 2, 2001).
British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996, SOR/96-137.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.
Canadian Environmental Protection Act, 1999, S.C. 1999, c. 33.
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].
Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order, SOR/2009-68.
Ecological Reserve Act, R.S.B.C. 1996, c. 103.

l'habitat essentiel, le régime de la *Loi sur les pêches* ne peut remplacer légalement un arrêté pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP. De plus, les lois provinciales ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre ait cité des lois provinciales dans l'Énoncé sur la protection. L'Énoncé sur la protection était de plus illégal, car il était destiné à ne protéger légalement que certains éléments de l'habitat essentiel et ne permettait pas d'éviter les menaces les plus sérieuses pour l'habitat essentiel, telles que la réduction de la disponibilité de proies et la contamination toxique.

L'énoncé du droit des demandeurs et leurs conclusions concernant l'Arrêté de protection et son application à tous les éléments de l'habitat essentiel étaient exacts. Malgré les changements de position du MPO depuis la prise initiale de l'Arrêté de protection, les ministres ont agi de manière illégale en limitant la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP. L'Arrêté de protection était — et est — inexact et illégal parce que, en limitant son application à des zones géophysiques, les défendeurs ont omis de répondre à une obligation que leur imposait la loi, la LEP en l'occurrence. La manière dont les demandeurs interprètent l'obligation qu'impose la LEP aux ministres à l'égard de la protection de tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents était pleinement étayée par le libellé clair de l'article 58 lu dans le contexte entier de la LEP, par la version bilingue de cette disposition ainsi que par la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est*, DORS/2009-68.
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].
Ecological Reserve Act, R.S.B.C. 1996, ch. 103.
Endangered Species Act of 1973, 16 U.S.C. §§ 1531 à 1544 (2006).
Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), L.C. 1999, ch. 33.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.
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].
Loi sur le vérificateur général, L.R.C. (1985), ch. A-17.
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)a) (mod. par

Endangered Species Act of 1973, 16 U.S.C. §§ 1531–1544 (2006).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18(1)(a) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), (3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)).

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 35, 36, 43 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 12).

Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 22 (as am. by SOR/93-333, s. 4).

Oceans Act, S.C. 1996, c. 31, ss. 31, 32, 35, 36.

Pacific Fishery Regulations, 1993, SOR/93-54.

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29, ss. 2(1) “COSEWIC”, “critical habitat”, “endangered species”, “threatened species”, 11, 41 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 21), 42, 56, 57, 58, 63, 73 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23), 74, 120.

Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 2(1) “regulation”.

L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), (3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29, art. 2(1) « COSEPAC », « espèce en voie de disparition », « espèce menacée », « habitat essentiel », 11, 41 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 21), 42, 56, 57, 58, 63, 73 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23), 74, 120.

Loi sur les océans, L.C. 1996, ch. 31, art. 31, 32, 35, 36.

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 35, 36, 43 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 12).

Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1) « règlement ».

Projet de loi C-5, *Loi concernant la protection des espèces sauvages en péril au Canada*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001 (1^{re} lecture, 2 février 2001).

Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique, DORS/96-137.

Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 22 (mod. par DORS/93-333, art. 4).

Règlement de pêche du Pacifique (1993), DORS/93-54.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on Biological Diversity, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97, 75 Sask. R. 82; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215, (1982), 134 D.L.R. (3d) 17, 41 N.R. 318; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 218 N.S.R. (2d) 311, 232 D.L.R. (4th) 577.

CONSIDERED:

Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans), 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161, 349 F.T.R. 225; *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1; *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, [1982] 1 R.C.S. 215; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans), 2009 CF 878; *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1; *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009); *Carpenter*

F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009); *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548, (1997), 155 D.L.R. (4th) 572 (C.A.); *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, 235 D.L.R. (4th) 216, 180 C.C.C. (3d) 449; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 468, 128 F.T.R. 222 (F.C.T.D.); *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 579, (1992), 89 D.L.R. (4th) 500, 10 M.P.L.R. (2d) 92; *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169, (1997), 149 D.L.R. (4th) 269, 3 Admin. L.R. (3d) 306 (C.A.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1, [1985] 4 W.W.R. 385; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297, [1991] 6 W.W.R. 1; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, (1989), 61 D.L.R. (4th) 604, 97 N.R. 241; *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160.

REFERRED TO:

Alberta Wilderness Association v. Canada (Environment), 2009 FC 710, 94 Admin. L.R. (4th) 81, 45 C.E.L.R. (3d) 48, 349 F.T.R. 63; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 300, 1 Admin. L.R. (5th) 91, 395 N.R. 223; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1, [1992] 2 W.W.R. 193; *Glowinski v. Canada (Treasury Board)*, 2006 FC 78, 286 F.T.R. 217; *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, 292 D.L.R. (4th) 554, 69 Admin. L.R. (4th) 271; *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, (1976), 71 D.L.R. (3d) 1, [1976] 6 W.W.R. 61; *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; *Gaudes v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 351; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, 17 Admin. L.R. (2d) 243, 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. No. 4101 (Prov. Ct.) (QL).

AUTHORS CITED

Boyd, David R. *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*. Vancouver: UBC Press, 2003.
 Collins Robert French Dictionary, 7th ed. New York: HarperCollins, 2005, «élément».

Fishing Corp. c. Canada, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.); *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 347 (1^{re} inst.) (QL); *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579; *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087.

DÉCISIONS CITÉES :

Alberta Wilderness Association c. Canada (Environnement), 2009 CF 710; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 300; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Glowinski c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2006 CF 78; *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, 292 D.L.R. (4th) 554, 69 Admin. L.R. (4th) 271; *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Gaudes c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 351; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, 17 Admin. L.R. (2d) 243, 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. n° 4101 (C.P.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Boyd, David R. *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy*. Vancouver : UBC Press, 2003.
 Collins Robert French Dictionary, 7^e éd. New York : HarperCollins, 2005, « élément ».

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 10th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998, "component".

Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement, online: Species at Risk Public Registry, <https://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/ch_killer_Whale_0908_e.pdf>.

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002, "élément".

Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada, March 2008, online: <http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ec/En3-4-46-2007E.pdf>.

Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada (Proposed), June 2007, online: <http://www.sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/plans/rs_Resident_Killer_Whale%20_0607_e.pdf>.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2009-68, *C. Gaz.* 2009.II.338.

Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior, 4th ed. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995, "élément".

Species at Risk Act Policies: Policies and Guidelines Series: Draft, online: <http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/ec/En4-113-2009-eng.pdf>.

Walton, Janice H. *Blakes' Canadian Law of Endangered Species*. Toronto: Carswell, 2007.

APPLICATIONS for judicial review concerning the respondents' obligations under section 58 of the *Species at Risk Act* to provide legal protection for the critical habitat of two populations of killer whales. Applications allowed.

APPEARANCES

Margot Venton and *Keith Ferguson* for applicants.

Donnaree Nygard and *Lisa S. Riddle* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Ecojustice Canada, Vancouver, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Épaulards (*Orcinus orca*) residents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique, en ligne : Registre public des espèces en péril, <http://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/ch_killer_Whale_0908_f.pdf>

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 10^e éd. Springfield, Mass. : Merriam-Webster, 1998, « *component* ».

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2002, « élément ».

Politiques de la Loi sur les espèces en péril : Séries de politiques et de lignes directrices : Ébauche, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/ec/En4-113-2009-fra.pdf>.

Programme de rétablissement de l'épaulard (Orcinus orca), populations résidents du nord et du sud des eaux du Pacifique au Canada [Projet], juin 2007, en ligne : <http://www.sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/plans/rs_Resident_Killer_Whale%20_0607_f.pdf>.

Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada, mars 2008, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ec/En3-4-46-2007F.pdf>.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2009-68, *Gaz. C.* 2009.II.338.

Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior, 4^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1995, « élément ».

Walton, Janice H. *Blakes' Canadian Law of Endangered Species*. Toronto : Carswell, 2007.

DEMANDES de contrôle judiciaire ayant trait à l'obligation qu'impose l'article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* aux demandeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards. Demandes accueillies.

ONT COMPARU

Margot Venton et *Keith Ferguson* pour les demandeurs.

Donnaree Nygard et *Lisa S. Riddle* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ecojustice Canada, Vancouver, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
Background	3	Le contexte	3
Procedural History and Parties	3	L'historique des procédures judiciaires et les parties en cause	3
Southern and Northern Resident Killer Whales	9	Les épaulards résidents du nord et du sud Les plans d'inscription et de rétablissement concernant les épaulards résidents	9
Listing and Recovery Planning for the Resident Killer Whales	13	Le Programme de rétablissement désigne l'habitat essentiel	13
Recovery Strategy Identifies Critical Habitat	27	180 jours plus tard, le MPO est tenu de protéger l'habitat essentiel	27
180 Days Later, DFO Must Protect Critical Habitat	31	Les demandes de contrôle judiciaire	31
Applications for Judicial Review	37	La réunion des demandes	37
Consolidation	46	Les questions en litige	46
Issues	49	La norme de contrôle applicable	49
Standard of Review	51	Les arguments des demandeurs au sujet de la norme de contrôle applicable	51
Applicants' Arguments on Standard of Review	52	Les arguments des défendeurs au sujet de la norme de contrôle applicable	52
Respondents' Arguments on Standard of Review	57	La norme de contrôle applicable	57
Appropriate Standard of Review	58	Les arguments des parties	58
Arguments	61	Les demandeurs	61
The Applicants	61	La Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la pre- mière demande de nature théorique	61
The Court Should Exercise its Discre- tion to Hear First Moot Application	61	L'audition d'une demande de nature théorique	64
Hearing a Moot Application	64	L'obligation des ministres	69
Minister's Duty	69	Le Programme de rétablissement	70
Recovery Strategy	70	L'Énoncé sur la protection	72
Protection Statement	72	L'Énoncé sur la protection est illégal	72
Protection Statement is Unlawful	72	La <i>Loi sur les pêches</i>	82
<i>Fisheries Act</i>	82	La <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale</i>	86
<i>Canadian Environmental Assess- ment Act</i>	86	Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales	87
Provincial Laws Are Not Laws of Parliament	87	L'Énoncé sur la protection ne protège pas tous les éléments	88
Protection Statement Fails to Protect All Components	88	L'Arrêté de protection	91
Protection Order	91	L'interprétation de l'article 58	93
Interpretation of Section 58	93		

Bilingual Interpretation	93	L'interprétation bilingue	93
The Case of <i>Environmental Defence</i>	102	La décision <i>Environmental Defence</i>	102
Unlawful Limitation of the Scope of the Protection Order	105	La limitation illégale de la portée de l'Arrêté de protection	105
The Respondents	113	Les défendeurs	113
Court Should Not Exercise its Jurisdiction	114	La Cour ne devrait pas exercer sa compétence	114
Protection Statement	120	L'Énoncé sur la protection	120
Protection Order Application is Misguided	129	La demande relative à l'arrêté de protection est mal fondée	129
Future Intentions	138	Les intentions futures	138
Lack of Jurisdiction	142	L'absence de compétence	142
Improper Submissions	145	Des observations irrégulières	145
Applicants' Reply	146	La réponse des demandeurs	146
Analysis	154	Analyse	154
General Introduction	154	Introduction générale	154
Protection Order Application	163	La demande relative à l'arrêté de protection	163
Respondents' Grounds	166	Les motifs des défendeurs	166
Application is Misguided	167	La demande est mal fondée	167
Order Cannot be Challenged	171	L'Arrêté ne peut pas être contesté	171
Order Cannot be More than it is	185	L'Arrêté ne peut pas être plus que ce qu'il est	185
Attempt to Review Speculated Future Intentions	189	Une tentative pour contrôler d'hypothétiques intentions futures	189
Applicants Cannot Obtain the Declaration Sought	203	Les demandeurs ne peuvent pas obtenir le jugement déclaratoire sollicité	203
Protection Statement Application	236	La demande relative à la déclaration de protection	236
Should the Court Hear it?	236	La Cour devrait-elle l'instruire?	236
Adversarial Context	241	Le contexte contradictoire	241
Judicial Economy	246	L'économie des ressources judiciaires	246
Merits of Protection Statement Application	253	Le bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection	253
Protection Statement	254	L'Énoncé sur la protection	254
Disagreement Between the Parties	258	Le désaccord entre les parties	258
Legal Requirements of a Protection Statement	291	Les exigences légales d'une déclaration de protection	291
Plain Language Interpretation of Paragraph 58(5)(b)	293	L'interprétation fondée sur le sens ordinaire de l'alinéa 58(5)b)	293

Role of a Protection Statement Within the SARA Scheme	296	Le rôle d'une déclaration de protection sous le régime de la LEP	296
Intention of Parliament—Habitat Protection Must be Mandatory and Meaningful	299	L'intention du Parlement — la protection de l'habitat doit être impérative et sérieuse	299
Protection Statement Unlawfully Includes Non-Statutory Instruments . . .	300	L'Énoncé sur la protection inclut de manière illégale des textes non réglementaires	300
Protection Statement Unlawfully Cites Possible Future Provisions	305	L'Énoncé sur la protection cite de manière illégale d'éventuelles dispositions futures	305
Protection Statement Unlawfully Relies on Ministerial Discretion	312	L'Énoncé sur la protection se fonde illégalement sur le pouvoir discrétionnaire ministériel	312
The <i>Fisheries Act</i> and Regulations . .	315	La <i>Loi sur les pêches</i> et ses règlements	315
<i>Canadian Environmental Assessment Act</i>	334	La <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale</i>	334
Provincial Laws Are Not Laws of Parliament	335	Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales	335
Protection Statement Fails to Set Out How All Components of Critical Habitat Are Legally Protected	337	L'Énoncé sur la protection ne dit pas de quelle façon tous les éléments de l'habitat essentiel sont légalement protégés	337
Conclusions	340	Conclusions	340

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

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

[1] RUSSELL J.: At issue are two consolidated applications for judicial review to challenge related decisions. The first application (Protection Statement application) challenges the Minister of Fisheries and Oceans' Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement (Protection Statement), which was issued pursuant to paragraph 58(5)(b) of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (SARA or the Act) on September 10, 2008.

[1] LE JUGE RUSSELL : Sont en litige deux demandes de contrôle judiciaire jointes, qui visent à contester des décisions connexes. La première de ces demandes (la demande relative à la déclaration de protection) conteste une déclaration (appelée parfois « énoncé ») du ministre des Pêches et des Océans intitulé Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique (l'Énoncé sur la protection), qui a été publiée en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la LEP ou la Loi), le 10 septembre 2008.

[2] The second application (Protection Order application) challenges a protection order made in February 2009 by the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment (ministers) to limit the

[2] La seconde demande (la demande relative à l'arrêté de protection) conteste un arrêté pris en février 2009 par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l'Environnement (les ministres) en vue de limiter la

scope of the *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (*Orcinus orca*) Order* [SOR/2009-68] (Protection Order), made pursuant to paragraph 58(5)(a) of SARA.

portée de l'Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (*Orcinus orca*) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est [DORS/2009-68] (l'Arrêté de protection) pris en vertu de l'alinéa 58(5)a) de la LEP.

BACKGROUND

Procedural History and Parties

[3] These two consolidated applications for judicial review are concerned with the respondents' obligations under section 58 of SARA to provide legal protection for the critical habitat of two populations of killer whales.

[4] The first application challenges the September 10, 2008 decision of the Minister of Fisheries and Oceans to issue the Protection Statement pursuant to paragraph 58(5)(b) of SARA.

[5] The second application challenges the February 2009 decision made jointly by the Minister of Fisheries and Oceans and the Minister of the Environment to issue the Protection Order under subsections 58(4) and (5) of SARA. Specifically, it challenges the respondents' decision to limit the scope of the Protection Order such that it applies only to geospatial areas or geophysical attributes of critical habitat.

[6] The nine applicants are non-profit environmental organizations from across Canada. They each have a genuine interest in the survival and recovery of the resident killer whales and in the interpretation and application of SARA. The respondents do not contest the applicants' public interest standing before this Court.

[7] The respondent Minister of Fisheries and Oceans is charged with the duty to protect the critical habitat of any aquatic species, including the resident killer whales.

LE CONTEXTE

L'historique des procédures judiciaires et les parties en cause

[3] Les deux demandes de contrôle judiciaire jointes dont il est question en l'espèce ont trait aux obligations qu'impose l'article 58 de la LEP aux défendeurs, à savoir la protection juridique de l'habitat essentiel de deux populations d'épaulards.

[4] La première demande conteste la décision du ministre des Pêches et des Océans, prise en date du 10 septembre 2008, de publier l'Énoncé sur la protection en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la LEP.

[5] La seconde demande conteste la décision, datée de février 2009 et prise conjointement par le ministre des Pêches et des Océans et le ministre de l'Environnement, de prendre l'Arrêté de protection en vertu des paragraphes 58(4) et (5) de la LEP. Plus précisément, elle conteste la décision qu'ont prise les défendeurs de limiter la portée de l'Arrêté de protection de façon à ce qu'il ne s'applique qu'à des zones géospatiales ou à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel.

[6] Les neuf demandeurs sont des organismes à vocation environnementale et à but non lucratif d'un peu partout au Canada. Ils ont chacun un intérêt vérifiable à l'égard de la survie et du rétablissement des épaulards résidents, ainsi que de l'interprétation et de l'application de la LEP. Les défendeurs ne contestent pas la qualité qu'ont les demandeurs pour agir dans l'intérêt public devant la Cour.

[7] Le premier des défendeurs, le ministre des Pêches et des Océans, est tenue de protéger l'habitat essentiel de n'importe quelle espèce aquatique, dont l'épaulard résident.

[8] The respondent Minister of the Environment, as the Minister responsible for the Parks Canada Agency, is charged with the duty to protect critical habitat on federal lands administered by Parks Canada, tiny portions of which overlap with the resident killer whales' critical habitat at issue in this proceeding.

Southern and Northern Resident Killer Whales

[9] Two distinct populations of killer whales, known as the northern residents and the southern residents (and herein jointly referred to as the resident killer whales) occupy the waters off the west coast of British Columbia.

[10] The southern resident killer whale is an endangered species. Subsection 2(1) of SARA defines an "endangered species" as "a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction."

[11] The northern resident killer whale is a threatened species. Subsection 2(1) of SARA defines a "threatened species" as "a wildlife species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction."

[12] The resident killer whale populations are considered at risk because of their small population size and low reproductive rate as well as their exposure to a variety of human-caused threats to both the whales and their habitat. These threats have the potential to prevent their recovery or to cause further declines in population. Principal among these anthropogenic threats are reductions in the availability of salmon prey (i.e. food), environmental contamination and physical and acoustic disturbance.

[8] Le second défendeur, le ministre de l'Environnement, en sa qualité de ministre chargé de l'Agence Parcs Canada, est tenu de protéger les habitats essentiels sur les terres fédérales qu'administre Parcs Canada, dont de petites parties chevauchent l'habitat essentiel des épaulards résidents qui est en litige en l'espèce.

Les épaulards résidents du nord et du sud

[9] Deux populations distinctes d'épaulards, les résidents du nord et les résidents du sud (appelés conjointement dans la présente les « épaulards résidents »), occupent les eaux situées au large de la Colombie-Britannique.

[10] L'épaulard résident du sud est une espèce en voie de disparition. Le paragraphe 2(1) de la LEP définit une « espèce en voie de disparition » comme étant une « Espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète. »

[11] L'épaulard résident du nord est une espèce menacée. Le paragraphe 2(1) de la LEP définit une « espèce menacée » comme étant une « Espèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n'est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître. »

[12] Les populations d'épaulards résidents sont considérées comme étant en péril à cause de la faiblesse de leur nombre et de leur taux de reproduction, ainsi que de leur exposition à diverses menaces d'origine humaine (ou anthropiques), tant pour les épaulards que pour leur habitat. Ces menaces risquent de faire obstacle à leur rétablissement ou d'aggraver la réduction de leur population. Au nombre de ces menaces anthropiques figurent principalement la réduction de la disponibilité du saumon-proie (c.-à-d. leur nourriture), la contamination de l'environnement et les perturbations physiques et acoustiques.

Listing and Recovery Planning for the Resident Killer Whales

[13] SARA prescribes a process whereby species at risk are listed and given legal protections, with the objective of ensuring recovery of the species back to healthy population levels. To achieve this objective, a recovery strategy is developed and implemented for each species listed as endangered or threatened. Central to the recovery process is the identification and protection of the species' critical habitat.

[14] Pursuant to the mandatory timelines under subsection 42(2) of SARA, the Department of Fisheries and Oceans (DFO) was required to include a proposed recovery strategy for the resident killer whales on the public registry by June 5, 2006. The SARA public registry is established under section 120 for the purpose of facilitating access to documents relating to matters under the Act.

[15] In 2004, DFO convened the Resident Killer Whale Recovery Team (Recovery Team). The Recovery Team, made up of leading independent and governmental experts, was tasked with creating a recovery strategy for the resident killer whales in accordance with SARA.

[16] Over the next year, the Recovery Team met periodically to develop the recovery strategy. The Recovery Team was instructed to identify the critical habitat of the resident killer whales as well as examples of activities likely to destroy critical habitat.

[17] At meetings and in electronic communications, the Recovery Team discussed the biological or ecosystem features of critical habitat. The discussion of biological features of critical habitat focused on the association between salmon abundance and the use of

Les plans d'inscription et de rétablissement concernant les épaulards résidents

[13] La LEP prescrit un processus dans le cadre duquel les espèces en péril sont inscrites et jouissent d'une protection juridique, l'objectif étant d'assurer le rétablissement de ces espèces jusqu'à ce qu'elles atteignent un niveau de population sain. Pour atteindre cet objectif, un programme de rétablissement est établi et mis en œuvre pour chaque espèce inscrite en tant qu'espèce en voie de disparition ou menacée. Un élément fondamental du processus de rétablissement est la désignation et la protection de l'habitat essentiel de l'espèce.

[14] Conformément aux délais impératifs que prévoit le paragraphe 42(2) de la LEP, le ministère des Pêches et des Océans (le MPO) était tenu d'inclure dans le registre un projet de programme de rétablissement concernant les épaulards résidents au plus tard le 5 juin 2006. Le registre de la LEP est établi en vertu de l'article 120 en vue de faciliter l'accès aux documents traitant de questions régies par la Loi.

[15] En 2004, le MPO a mis sur pied l'Équipe de rétablissement des épaulards résidents (l'Équipe de rétablissement). Cette Équipe, formée d'éminents experts, à titre indépendant ou représentant le gouvernement, a été chargée de créer un programme de rétablissement pour les épaulards résidents, en application de la LEP.

[16] Au cours de l'année qui a suivi, les membres de l'Équipe de rétablissement se sont rencontrés à intervalles périodiques pour mettre au point le programme de rétablissement. L'Équipe a été chargée de déterminer l'habitat essentiel des épaulards résidents, ainsi que de trouver des exemples d'activités susceptibles de détruire cet habitat.

[17] Lors de réunions et dans le cadre de communications électroniques, l'Équipe de rétablissement a discuté des caractéristiques biologiques et écosystémiques de l'habitat essentiel. Les discussions portant sur les caractéristiques biologiques de cet habitat ont été

an area by resident killer whales, as well as the acoustic and environmental quality of critical habitat.

[18] The first draft of the recovery strategy was completed on March 15, 2005. It identified critical habitat as well as threats to both the “abiotic” (i.e. geophysical) and “biotic” (i.e. biological) features of critical habitat.

[19] Following extensive review and comment, a final draft recovery strategy was completed for submission to the Minister of Fisheries and Oceans on May 15, 2006 (May 2006 draft recovery strategy). The May 2006 draft recovery strategy identified critical habitat as a set of physical and biological features occurring at a specific geospatial location. It also identified threats to those features.

[20] The May 2006 draft recovery strategy was never delivered to the Minister. Instead, in August 2006, the Recovery Team was informed that the May 2006 draft recovery strategy had been edited and that information identifying critical habitat had been removed pursuant to DFO policy.

[21] A lengthy dispute followed between members of the Recovery Team and DFO bureaucrats. In March 2007, the critical habitat section of the May 2006 draft recovery strategy was reinstated.

[22] In May 2007, the now-restored document was again sent out for review by government agencies. During the course of that review another attempt was made, this time by the Department of National Defence, to edit the critical habitat section. The proposed revisions related to the acoustic features of critical habitat and to threats to critical habitat caused by underwater noise. Members of the Recovery Team successfully objected to many of the proposed editorial changes.

axées sur l’association entre l’abondance du saumon et l’utilisation que font les épaulards résidents d’une zone, de même que sur les qualités acoustiques et environnementales de l’habitat essentiel.

[18] La première ébauche du programme de rétablissement a été terminée le 15 mars 2005. L’habitat essentiel y était décrit, tout comme les menaces pour les caractéristiques « abiotiques » (c.-à-d. géophysiques) et « biotiques » (c.-à-d. biologiques).

[19] À la suite d’un long processus d’examen et de rétroaction, l’ébauche finale d’un programme de rétablissement a été établie en vue d’être présentée au ministre des Pêches et des Océans de l’époque, le 15 mai 2006 (l’ébauche du programme de rétablissement de mai 2006). Cette ébauche désignait l’habitat essentiel comme étant un ensemble de caractéristiques physiques et biologiques survenant à un emplacement géospatial déterminé. Elle désignait également les éléments qui menaçaient ces caractéristiques.

[20] L’ébauche du programme de rétablissement de mai 2006 n’a jamais été présentée au ministre. Au lieu de cela, en août 2006, l’Équipe de rétablissement a été informée que cette ébauche avait été révisée et que des renseignements désignant l’habitat essentiel avaient été retirés conformément à la politique du MPO.

[21] Cela été suivi d’un long litige entre les membres de l’Équipe de rétablissement et les bureaucrates du MPO. En mars 2007, la section de l’ébauche du programme de rétablissement de mai 2006 qui portait sur l’habitat essentiel a été rétablie.

[22] En mai 2007, le document maintenant rétabli a été de nouveau envoyé en vue d’être examiné par divers organismes gouvernementaux. Lors de cet examen, une autre tentative a été faite, cette fois-ci par le ministère de la Défense nationale, pour réviser la section portant sur l’habitat essentiel. Les révisions proposées avaient trait aux caractéristiques acoustiques de l’habitat essentiel ainsi qu’aux menaces causées à ce dernier par des bruits sous-marins. Les membres de l’Équipe de rétablissement se sont opposés avec succès à un grand nombre des remaniements de texte proposés.

[23] On June 21, 2007, pursuant to subsection 42(1) of SARA, DFO posted the *Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada (Proposed)* to the public registry (Proposed Recovery Strategy). It was similar but not identical to the May 2006 draft recovery strategy.

[24] Posting of the Proposed Recovery Strategy was followed by a public comment period that ended in August 2007. According to the mandatory timelines under SARA, the final recovery strategy for the northern and southern killer whales should have been finalized 30 days later, by September 19, 2007. Instead, it was delayed as DFO bureaucrats once again attempted to make edits.

[25] During the fall of 2007, DFO officials heavily edited the critical habitat section of the Proposed Recovery Strategy. DFO removed all reference to two threats to critical habitat: acoustic degradation and reduction in the availability of salmon prey. Additionally, future scientific studies regarding these threats were removed from the proposed “schedule of studies to identify critical habitat” required under paragraph 41(1)(c.1).

[26] Members of the Recovery Team strongly objected to these editorial changes and sought to resolve their concerns with DFO. At some point before March 14, 2008, DFO reinstated most of the excised portions identifying noise and reduced availability of salmon prey as threats to critical habitat. On March 14, 2008, DFO posted the Recovery Strategy to the public registry [*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada*].

[23] Le 21 juin 2007, en application du paragraphe 42(1) de la LEP, le MPO a affiché dans le registre le *Programme de rétablissement de l'épaulard (Orcinus orca), populations résidentes du nord et du sud des eaux du Pacifique au Canada [Projet]* (le Projet du programme de rétablissement). Ce dernier était semblable — mais non identique — à l'ébauche du programme de rétablissement de mai 2006.

[24] L'affichage du Projet du programme de rétablissement a été suivi d'une période de commentaires publics qui a pris fin en août 2007. Selon les délais impératifs que prescrit la LEP, le programme de rétablissement définitif concernant les épaulards du nord et du sud aurait dû être terminé 30 jours plus tard, soit le 19 septembre 2007. Au lieu de cela, il a été retardé, les bureaucrates du MPO ayant tenté une fois de plus d'y apporter des révisions.

[25] Au cours de l'automne de 2007, les fonctionnaires du MPO ont apporté d'importantes révisions à la section du Projet du programme de rétablissement qui portait sur l'habitat essentiel. Le MPO a supprimé toutes les références faites à deux menaces pour l'habitat essentiel : la dégradation acoustique et la réduction de la disponibilité du saumon-proie. De plus, des études scientifiques ultérieures sur ces menaces ont été supprimées du projet de « calendrier des études visant à désigner l'habitat essentiel » qu'exige l'alinéa 41(1)c.1).

[26] Les membres de l'Équipe de rétablissement se sont vivement opposés à ces remaniements et ont tenté de régler leurs préoccupations avec le MPO. À un certain moment avant le 14 mars 2008, le MPO a rétabli la plupart des passages retirés où il était affirmé que le bruit et la disponibilité réduite du saumon-proie constituaient une menace pour l'habitat essentiel. Le 14 mars 2008, le MPO a mis le Programme de rétablissement dans le registre [*Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada*].

Recovery Strategy Identifies Critical Habitat

[27] As required by paragraph 41(1)(c) of SARA, section 3 of the Recovery Strategy identified critical habitat for the resident killer whales, the components of the critical habitat and threats to critical habitat.

[28] The geospatial location of critical habitat of the resident killer whales is identified on maps in Figures 4 and 5, and in the marine coordinates in Appendix B of the Recovery Strategy.

[29] The components of critical habitat clearly include the presence and availability of salmon prey for the resident killer whales.

[30] Threats to critical habitat (in section 3.2) include diminished prey availability, chemical and biological contamination and acoustic degradation.

180 Days Later, DFO Must Protect Critical Habitat

[31] Section 58 of SARA required that, by September 10, 2008, the critical habitat identified in the Recovery Strategy be legally protected from destruction under subsection 58(5). Legal protection of critical habitat can take one of two forms: direct protection under SARA or indirect protection under other Acts of Parliament.

[32] Direct protection under SARA is engaged through the issuance of a protection order under subsection 58(4). A protection order applies the prohibition against destruction of critical habitat in subsection 58(1) to the critical habitat areas and components set out in the Protection Order. If critical habitat is not already protected, then a competent minister must issue a protection order.

Le Programme de rétablissement désigne l'habitat essentiel

[27] Comme l'exige l'alinéa 41(1)c) de la LEP, la section 3 du Programme de rétablissement désignait l'habitat essentiel des épaulards résidents, les éléments de cet habitat essentiel ainsi que les menaces pour ce dernier.

[28] L'emplacement géospatial de l'habitat essentiel des épaulards résidents est situé sur les cartes des figures 4 et 5, et les coordonnées marines se trouvent à l'annexe B du Programme de rétablissement.

[29] Les éléments de l'habitat essentiel comprennent manifestement la présence et la disponibilité de saumon-proie pour les épaulards résidents.

[30] Les menaces qui pèsent sur l'habitat essentiel (voir la section 3.2) comprennent la disponibilité réduite de proies, la contamination chimique et biologique de même que la dégradation acoustique.

180 jours plus tard, le MPO est tenu de protéger l'habitat essentiel

[31] L'article 58 de la LEP exigeait que, au plus tard le 10 septembre 2008, l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement soit légalement protégé contre toute destruction en vertu du paragraphe 58(5). La protection légale de l'habitat essentiel peut revêtir l'une des deux formes suivantes : une protection directe sous le régime de la LEP ou une protection indirecte sous le régime d'autres lois fédérales.

[32] La protection directe qu'assure la LEP est enclenchée par la prise d'un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4). Cet arrêté applique l'interdiction de destruction de l'habitat essentiel dont il est question au paragraphe 58(1) aux zones et aux éléments de l'habitat essentiel qui y sont mentionnés. Si l'habitat essentiel n'est pas déjà protégé, un ministre compétent est alors tenu de prendre un arrêté de protection.

[33] Indirect protection under other federal laws is confirmed through a protection statement under paragraph 58(5)(b) of SARA. A protection statement describes how critical habitat is already protected from destruction by provisions in or measures under other Acts of Parliament. A protection statement cites the other federal legislative provisions that already legally protect critical habitat from destruction.

[34] On September 10, 2008, DFO bureaucrats delivered to the Deputy Minister of Fisheries and Oceans a memorandum explaining their recommendation for protection of critical habitat of the resident killer whales (protection statement memo). This memorandum recommended issuing a protection statement. It attached a table containing a proposed list of tools available to protect critical habitat, as well as a draft protection statement for approval by the Minister's delegate.

[35] The applicants posit that the protection statement memo and accompanying attachments described the section 58 legal duty to protect critical habitat as being limited to the protection of the "geophysical attributes" of the critical habitat. The applicants say that the protection statement memo and attachments consistently make a policy distinction, which is challenged here by the applicants. The distinction made is between DFO's duty to legally protect geophysical attributes of critical habitat, on one hand, and DFO's discretion to "manage and mitigate" the biological, chemical and acoustic components of critical habitat on the other.

[36] On September 10, 2008, the final Protection Statement was posted to the SARA public registry. The applicants say that the Protection Statement maintains the distinction between the duty to provide legal protection for the geophysical attributes of critical habitat and the discretion to "manage and mitigate" threats to biological and other ecosystem features.

[33] La protection indirecte qui est assurée en vertu d'autres lois fédérales est confirmée par une déclaration de protection établie en vertu de l'alinéa 58(5)b) de la LEP. Cette déclaration décrit la façon dont un habitat essentiel est déjà protégé contre sa destruction par des dispositions établies ou des mesures prises en vertu d'autres lois fédérales. Une déclaration de protection cite les autres dispositions légales fédérales qui protègent déjà légalement l'habitat essentiel contre sa destruction.

[34] Le 10 septembre 2008, les bureaucrates du MPO ont transmis au sous-ministre des Pêches et des Océans une note de service expliquant leur recommandation concernant la protection de l'habitat essentiel des épaulards résidents (la note de service sur la déclaration de protection). Cette note de service recommandait que l'on établisse une déclaration de protection. Y était joint un tableau contenant une liste des outils disponibles devant servir à protéger l'habitat essentiel, de même qu'une ébauche de déclaration de protection à faire approuver par le délégué du nouveau ministre.

[35] Les demandeurs affirment que la note de service sur la déclaration de protection, ainsi que les pièces qui y étaient jointes, limitaient l'obligation légale, imposée par l'article 58, de protéger l'habitat essentiel à la protection des [TRADUCTION] « caractéristiques géophysiques » de l'habitat essentiel. Ils ajoutent que la note de service sur la déclaration de protection et les pièces qui étaient jointes font systématiquement une distinction de principe, que les demandeurs contestent en l'espèce. Cette distinction est faite entre, d'une part, l'obligation qu'a le MPO de protéger légalement les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et, d'autre part, le pouvoir discrétionnaire qu'a le MPO de [TRADUCTION] « gérer et atténuer » les éléments biologiques, chimiques et acoustiques de l'habitat essentiel.

[36] Le 10 septembre 2008, la version finale de l'Énoncé sur la protection a été affichée dans le registre de la LEP. Selon les demandeurs, cette déclaration conserve la distinction faite entre l'obligation de protéger légalement les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et le pouvoir discrétionnaire de [TRADUCTION] « gérer et atténuer » les menaces qui

Applications for Judicial Review

[37] On October 8, 2008, a judicial review application was commenced challenging the lawfulness of the Protection Statement. In application T-1552-08, the applicants alleged that DFO erred in law and jurisdiction in issuing a protection statement that relies on non-binding policy, prospective legislation and ministerial discretion—none of which legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA. The notice of application was amended on January 23, 2009.

[38] By February 9, 2009, DFO had reversed itself, recommending that its Minister replace the Protection Statement with a protection order under SARA.

[39] On February 13, 2009, DFO sought the cooperation of the Minister of the Environment, as the Minister responsible for Parks Canada, to issue a joint order under subsections 58(4) and (5) of SARA. Alan Latourelle, CEO of Parks Canada made recommendations to the Minister regarding the proposed protection order in a February 13, 2009 memorandum (Latourelle memo). Paraphrased, this memorandum explains that:

1. DFO is currently facing a legal challenge in Federal Court regarding the Protection Statement. DFO is encouraging Parks Canada to issue a joint order quickly before DFO has to proceed any further with the existing lawsuit;
2. A new protection statement from Parks Canada would be open to challenge on the same grounds as the Protection Statement issued by DFO;
3. DFO's proposed protection order does not define which activities are prohibited as destructive of critical

pèsent sur les caractéristiques biologiques et autres éléments écosystémiques.

Les demandes de contrôle judiciaire

[37] Le 8 octobre 2008, une demande de contrôle judiciaire contestant la légalité de l'Énoncé sur la protection a été déposée. Dans la demande T-1552-08, les demandeurs ont allégué que le MPO avait commis une erreur de droit et de compétence en établissant une déclaration de protection qui se fonde sur une politique non exécutoire, des dispositions légales prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels — des éléments dont aucun ne protège légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP. L'avis de demande a été modifié le 23 janvier 2009.

[38] Au 9 février 2009, le MPO s'était ravisé, recommandant que son ministre remplace l'Énoncé sur la protection par un arrêté de protection sous le régime de la LEP.

[39] Le 13 février 2009, le MPO a sollicité la collaboration du ministre de l'Environnement, en tant que ministre chargé de Parcs Canada, en vue de prendre un arrêté conjoint en vertu des paragraphes 58(4) et (5) de la LEP. Alan Latourelle, directeur général de Parcs Canada, a fait des recommandations au ministre sur l'arrêté de protection envisagé, dans une note de service datée du 13 février 2009 (la note de service de Latourelle). Paraphrasée, cette note de service explique ce qui suit :

1. le MPO fait actuellement l'objet d'une contestation judiciaire devant la Cour fédérale au sujet de l'Énoncé sur la protection. Le MPO encourage Parcs Canada à prendre rapidement un arrêté conjoint avant que le MPO donne suite de quelque manière à la poursuite existante;
2. une nouvelle déclaration de protection de Parcs Canada risquerait d'être contestée pour les mêmes motifs que l'Énoncé sur la protection que le MPO a établi;
3. l'arrêté de protection que propose le MPO ne définit pas quelles activités sont interdites parce qu'elles ont

habitat. Enforcement of DFO's proposed order might thus prove difficult.

[40] Issuing a protection order under subsection 58(4) of SARA usually involves pre-publication in the *Canada Gazette*, Part I, to allow 30 days for public comment. However, on the recommendation of DFO officials, the ministers agreed to forego public consultation on the Protection Order. Thus, the applicants say they were denied any opportunity to comment on the Protection Order before it was finalized.

[41] On March 4, 2009, the Protection Order was published in the *Canada Gazette*, Part II [SOR/2009-68]. The Protection Order states that the prohibition against destruction of critical habitat in subsection 58(1) of SARA applies to the critical habitat of the resident killer whales described in Schedule I. Schedule I is a list of marine co-ordinates for the geospatial location of critical habitat.

[42] The Protection Order was published with an accompanying Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) [*C. Gaz.* 2009.II.338]. The applicants take the position that the RIAS, quoted below, continues to reflect DFO's distinction between its duties towards geophysical areas and its discretion to manage and mitigate the biological features of critical habitat [at page 340]:

The Recovery Strategy identifies at section 3 the critical habitats as defined geophysical areas where these populations concentrate. In addition DFO recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of the Northern and Southern Resident Killer Whales.

[43] On March 6, 2009, the applicants wrote to DFO advising that they had serious concerns that the Protection Order may not legally protect the biological elements of critical habitat. The applicants also sought clarification on other matters, including whether DFO

un effet destructeur sur l'habitat essentiel. Il pourrait donc être difficile de faire appliquer l'arrêté que propose le MPO.

[40] La prise d'un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP comporte habituellement sa publication préalable dans la Partie I de la *Gazette du Canada*, afin d'allouer un délai de 30 jours pour obtenir des commentaires du public. Cependant, à la recommandation des fonctionnaires du MPO, les ministres ont convenu de renoncer à la tenue d'une consultation publique sur l'Arrêté de protection. Les demandeurs disent donc qu'on les a privés de toute occasion de faire des commentaires sur l'Arrêté de protection avant que l'on y mette la dernière main.

[41] Le 4 mars 2009, l'Arrêté de protection a été publié dans la Partie II de la *Gazette du Canada* [DORS/2009-68]. Cet Arrêté établit que l'interdiction de destruction de l'habitat essentiel dont il est question au paragraphe 58(1) de la LEP s'applique à l'habitat essentiel des épaulards résidents décrits à l'annexe I. Cette annexe est une liste de coordonnées marines désignant l'emplacement géospatial de l'habitat essentiel.

[42] L'Arrêté de protection a été publié avec un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (le REIR) [*Gaz. C.* 2009.II.338]. Les demandeurs sont d'avis que le REIR, dont un passage est cité ci-dessous, continue de refléter la distinction que fait le MPO entre ses obligations à l'égard des zones géophysiques et le pouvoir discrétionnaire qu'il a de gérer et d'atténuer les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel [à la page 340] :

Le programme de rétablissement nous présente, dans la section 3, les habitats essentiels comme des zones géophysiques définies où ces populations sont concentrées. De plus, MPO reconnaît que d'autres caractéristiques de cet écosystème, comme l'existence de proies à des fins de fourrage et la qualité de l'environnement, sont importantes pour la survie et le rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud.

[43] Le 6 mars 2009, les demandeurs ont écrit au MPO pour faire savoir qu'ils s'inquiétaient sérieusement du fait que l'Arrêté de protection ne protégeait peut-être pas légalement les éléments biologiques de l'habitat essentiel. Ils ont également demandé des éclaircissements

had abandoned its position that the laws and policies set out in the Protection Statement “legally protected” the critical habitat of resident killer whales.

[44] On March 10, 2009, the Government of Canada responded, through counsel. As paraphrased by the applicants, the response stated that:

1. DFO characterizes the Protection Order as an “optional alternative” to the Protection Statement, rather than a required alternative given the unlawfulness of the Protection Statement;

2. DFO refuses to disavow reliance on policy and discretionary tools that do not legally protect critical habitat in protection statements; and

3. DFO refuses to confirm that the Protection Order protects the biological features of critical habitat from destruction.

[45] On April 3, 2009, the applicants filed the second judicial review application against DFO and the Minister of the Environment. The Protection Order application challenges DFO’s practice of limiting the application and scope of section 58 of SARA to protect only geo-spatial areas and/or geophysical elements of critical habitat, and it challenges the application of this practice or policy to the Protection Order.

Consolidation

[46] On March 18, 2009, the respondents filed a motion to have the Protection Statement application in file No. T-1552-08 dismissed on the ground of mootness.

[47] On April 9, 2009, the applicants filed a motion seeking to have the two applications for judicial review consolidated.

sur d’autres questions, dont celle de savoir si le MPO avait abandonné sa position selon laquelle les lois et les politiques énoncées dans l’Énoncé sur la protection [TRADUCTION] « protégeaient légalement » l’habitat essentiel des épaulards résidents.

[44] Le 10 mars 2009, le gouvernement du Canada a répondu par l’entremise de ses avocats. Comme l’ont paraphrasé les demandeurs, la réponse a été :

1. le MPO qualifie l’Arrêté de protection de [TRADUCTION] « solution de rechange facultative » à l’Énoncé sur la protection, plutôt que de solution de rechange requise en vue de l’illégalité de l’Énoncé sur la protection;

2. le MPO refuse de désavouer son recours à des outils discrétionnaires et de politique générale qui ne protégeraient pas légalement l’habitat essentiel dans les déclarations de protection;

3. le MPO refuse de confirmer que l’Arrêté de protection protège contre toute destruction les caractéristiques biologiques de l’habitat essentiel.

[45] Le 3 avril 2009, les demandeurs ont déposé la seconde demande de contrôle judiciaire à l’encontre du MPO et du ministre de l’Environnement. La demande relative à l’arrêté de protection conteste la pratique qu’a le MPO de limiter l’application et la portée de l’article 58 de la LEP à la protection des zones géospatiales ou des éléments géophysiques de l’habitat essentiel, et elle conteste l’application de cette pratique ou de cette politique à l’Arrêté de protection.

La réunion des demandes

[46] Le 18 mars 2009, les défendeurs ont déposé une requête en vue d’obtenir que la demande relative à la déclaration de protection, dans le dossier n° T-1552-08, soit rejetée du fait de son caractère théorique.

[47] Le 9 avril 2009, les demandeurs ont déposé une requête visant à faire joindre les deux demandes de contrôle judiciaire.

[48] By the order of Justice O'Reilly, the respondents' motion to dismiss the Protection Statement application on the ground of mootness was denied. The applicants' motion to consolidate the two applications into one proceeding was granted. While Justice O'Reilly held that the Protection Statement application in file No. T-1552-08 was technically moot, he refused to strike the application so as to preserve this Court's discretion to issue the relief sought in the Protection Statement application for judicial review.

ISSUES

[49] The issues on the application can be summarized as follows:

1. Whether the Court ought to exercise its discretion to hear the moot Protection Statement application;
2. Whether the Minister of Fisheries and Oceans erred in issuing a Protection Statement that relies on policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion to provide legal protection for critical habitat;
3. Whether there is a justiciable issue for review in the Protection Order application;
4. Whether the ministers erred in limiting the application of the Protection Order to the geophysical area to the exclusion of the other components of critical habitat.

[50] The following provisions of the Act are applicable in these proceedings [subsection 41(4) (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 21)]:

Definitions 2. (1) The definitions in this subsection apply in this Act.

[48] Par l'ordonnance du juge O'Reilly, la requête des défendeurs en vue de faire rejeter la demande relative à la déclaration de protection du fait de son caractère théorique a été rejetée. La requête des demandeurs en vue de faire joindre les deux demandes en une seule instance a été accordée. Le juge O'Reilly a conclu que la demande relative à la déclaration de protection présentée dans le dossier n° T-1552-08 était techniquement de nature théorique, mais il a refusé de radier la demande de façon à préserver le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder la réparation sollicitée dans la demande relative à la déclaration de protection.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[49] Les questions que comporte la demande peuvent être résumées comme suit :

1. si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande relative à la déclaration de protection qui est de nature théorique;
2. si le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en établissant une déclaration de protection qui se fonde sur des politiques et d'autres textes non réglementaires, des dispositions légales prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels pour assurer une protection légale à l'habitat essentiel;
3. s'il existe une question justiciable à soumettre à un contrôle dans la demande relative à l'arrêté de protection;
4. si les ministres ont commis une erreur en limitant l'application de l'Arrêté de protection à la zone géophysique, à l'exclusion des autres éléments de l'habitat essentiel.

[50] Les dispositions suivantes de la Loi s'appliquent en l'espèce [le paragraphe 41(4) (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 21)] :

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

...

[...]

“COSEWIC” « COSEPAC »	“COSEWIC” means the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada established by section 14.	« COSEPAC » Le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada, constitué en application de l’article 14.	« COSEPAC » “COSEWIC”
	...	[...]	
Contents if recovery feasible	41. (1) If the competent minister determines that the recovery of the listed wildlife species is feasible, the recovery strategy must address the threats to the survival of the species identified by COSEWIC, including any loss of habitat, and must include	41. (1) Si le ministre compétent conclut que le rétablissement de l’espèce sauvage inscrite est réalisable, le programme de rétablissement doit traiter des menaces à la survie de l’espèce — notamment de toute perte de son habitat — précisées par le COSEPAC et doit comporter notamment :	Rétablis- sement réalis- able
	(a) a description of the species and its needs that is consistent with information provided by COSEWIC;	a) une description de l’espèce et de ses besoins qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC;	
	(b) an identification of the threats to the survival of the species and threats to its habitat that is consistent with information provided by COSEWIC and a description of the broad strategy to be taken to address those threats;	b) une désignation des menaces à la survie de l’espèce et des menaces à son habitat qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC, et des grandes lignes du plan à suivre pour y faire face;	
	(c) an identification of the species’ critical habitat, to the extent possible, based on the best available information, including the information provided by COSEWIC, and examples of activities that are likely to result in its destruction;	c) la désignation de l’habitat essentiel de l’espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible, notamment les informations fournies par le COSEPAC, et des exemples d’activités susceptibles d’entraîner sa destruction;	
	(c.1) a schedule of studies to identify critical habitat, where available information is inadequate;	c.1) un calendrier des études visant à désigner l’habitat essentiel lorsque l’information accessible est insuffisante;	
	(d) a statement of the population and distribution objectives that will assist the recovery and survival of the species, and a general description of the research and management activities needed to meet those objectives;	d) un énoncé des objectifs en matière de population et de dissémination visant à favoriser la survie et le rétablissement de l’espèce, ainsi qu’une description générale des activités de recherche et de gestion nécessaires à l’atteinte de ces objectifs;	
	(e) any other matters that are prescribed by the regulations;	e) tout autre élément prévu par règlement;	
	(f) a statement about whether additional information is required about the species; and	f) un énoncé sur l’opportunité de fournir des renseignements supplémentaires concernant l’espèce;	
	(g) a statement of when one or more action plans in relation to the recovery strategy will be completed.	g) un exposé de l’échéancier prévu pour l’élaboration d’un ou de plusieurs plans d’action relatifs au programme de rétablissement.	

Contents if recovery not feasible	(2) If the competent minister determines that the recovery of the listed wildlife species is not feasible, the recovery strategy must include a description of the species and its needs, an identification of the species' critical habitat to the extent possible, and the reasons why its recovery is not feasible.	(2) Si le ministre compétent conclut que le rétablissement de l'espèce sauvage inscrite est irréalisable, le programme de rétablissement doit comporter une description de l'espèce et de ses besoins, dans la mesure du possible, et la désignation de son habitat essentiel, ainsi que les motifs de la conclusion.	Rétablissement irréalisable
Multi-species or ecosystem approach permissible	(3) The competent minister may adopt a multi-species or an ecosystem approach when preparing the recovery strategy if he or she considers it appropriate to do so.	(3) Pour l'élaboration du programme de rétablissement, le ministre compétent peut, s'il l'estime indiqué, traiter de plusieurs espèces simultanément ou de tout un écosystème.	Plusieurs espèces ou écosystème
Regulations	(4) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister after consultation with the Minister responsible for the Parks Canada Agency and the Minister of Fisheries and Oceans, make regulations for the purpose of paragraph (1)(e) prescribing matters to be included in a recovery strategy.	(4) Sur recommandation faite par le ministre après consultation du ministre responsable de l'Agence Parcs Canada et du ministre des Pêches et des Océans, le gouverneur en conseil peut prévoir par règlement, pour l'application de l'alinéa (1)e), les éléments additionnels à inclure dans un programme de rétablissement.	Règlement
Proposed recovery strategy	42. (1) Subject to subsection (2), the competent minister must include a proposed recovery strategy in the public registry within one year after the wildlife species is listed, in the case of a wildlife species listed as an endangered species, and within two years after the species is listed, in the case of a wildlife species listed as a threatened species or an extirpated species.	42. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre compétent met le projet de programme de rétablissement dans le registre dans l'année suivant l'inscription de l'espèce sauvage comme espèce en voie de disparition ou dans les deux ans suivant l'inscription de telle espèce comme espèce menacée ou disparue du pays.	Projet de programme de rétablissement
First listed wildlife species	(2) With respect to wildlife species that are set out in Schedule 1 on the day section 27 comes into force, the competent minister must include a proposed recovery strategy in the public registry within three years after that day, in the case of a wildlife species listed as an endangered species, and within four years after that day, in the case of a wildlife species listed as a threatened species or an extirpated species.	(2) En ce qui concerne les espèces sauvages inscrites à l'annexe 1 à l'entrée en vigueur de l'article 27, le ministre compétent met le projet de programme de rétablissement dans le registre dans les trois ans suivant cette date dans le cas de l'espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou dans les quatre ans suivant cette date dans le cas de l'espèce sauvage inscrite comme espèce menacée ou disparue du pays.	Liste des espèces en péril originale
	...	[...]	
Destruction of critical habitat	58. (1) Subject to this section, no person shall destroy any part of the critical habitat of any listed endangered species or of any listed threatened species — or of any listed extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada — if	58. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de détruire un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée — ou comme espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada :	Destruction de l'habitat essentiel

	<p>(a) the critical habitat is on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada;</p> <p>(b) the listed species is an aquatic species; or</p> <p>(c) the listed species is a species of migratory birds protected by the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i>.</p>	<p>a) si l'habitat essentiel se trouve soit sur le territoire domanial, soit dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental du Canada;</p> <p>b) si l'espèce inscrite est une espèce aquatique;</p> <p>c) si l'espèce inscrite est une espèce d'oiseau migrateur protégée par la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i>.</p>	
Protected areas	<p>(2) If the critical habitat or a portion of the critical habitat is in a national park of Canada named and described in Schedule 1 to the <i>Canada National Parks Act</i>, a marine protected area under the <i>Oceans Act</i>, a migratory bird sanctuary under the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i> or a national wildlife area under the <i>Canada Wildlife Act</i>, the competent Minister must, within 90 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, publish in the <i>Canada Gazette</i> a description of the critical habitat or portion that is in that park, area or sanctuary.</p>	<p>(2) Si l'habitat essentiel ou une partie de celui-ci se trouve dans un parc national du Canada dénommé et décrit à l'annexe 1 de la <i>Loi sur les parcs nationaux du Canada</i>, une zone de protection marine sous le régime de la <i>Loi sur les océans</i>, un refuge d'oiseaux migrateurs sous le régime de la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i> ou une réserve nationale de la faune sous le régime de la <i>Loi sur les espèces sauvages du Canada</i>, le ministre compétent est tenu, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, de publier dans la <i>Gazette du Canada</i> une description de l'habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui se trouve dans le parc, la zone, le refuge ou la réserve.</p>	Zone de protection
Application	<p>(3) If subsection (2) applies, subsection (1) applies to the critical habitat or the portion of the critical habitat described in the <i>Canada Gazette</i> under subsection (2) 90 days after the description is published in the <i>Canada Gazette</i>.</p>	<p>(3) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci visés au paragraphe (2) après les quatre-vingt-dix jours suivant la publication de sa description dans la <i>Gazette du Canada</i> en application de ce paragraphe.</p>	Application
Application	<p>(4) If all of the critical habitat or any portion of the critical habitat is not in a place referred to in subsection (2), subsection (1) applies in respect of the critical habitat or portion of the critical habitat, as the case may be, specified in an order made by the competent minister.</p>	<p>(4) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2), selon ce que précise un arrêté pris par le ministre compétent.</p>	Application
Obligation to make order or statement	<p>(5) Within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, the competent minister must, after consultation with every other competent minister, with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2),</p>	<p>(5) Dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, le ministre compétent est tenu, après consultation de tout autre ministre compétent, à l'égard de l'habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) :</p>	Obligation : arrêté ou déclaration

(a) make the order referred to in subsection (4) if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) if the competent minister does not make the order, he or she must include in the public registry a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.

a) de prendre l'arrêté visé au paragraphe (4), si l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l'article 11;

b) s'il ne prend pas l'arrêté, de mettre dans le registre une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement.

STANDARD OF REVIEW

[51] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to the particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

Applicants' Arguments on Standard of Review

[52] The applicants submit that DFO's decision to rely on non-statutory instruments such as policies and ministerial discretion to provide legal protection in the Protection Statement is reviewable on a standard of correctness. Similarly, the applicants contend that the ministers' decision to limit the Protection Order to protect only geophysical parts of critical habitat requires review on a standard of correctness, since it is an error of interpretation. See, for instance, *Dunsmuir*, above, at paragraphs 124 and 128.

LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[51] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada conclut qu'il n'est pas nécessaire de procéder systématiquement à une analyse relative à la norme de contrôle applicable. Si la jurisprudence établit bien la norme de contrôle qui s'applique à la question particulière dont le tribunal de contrôle est saisi, c'est cette norme-là que ce dernier peut adopter. Ce n'est que dans les cas où cette recherche est vaine que le tribunal de contrôle doit entreprendre un examen des quatre facteurs que comporte l'analyse relative à la norme de contrôle.

Les arguments des demandeurs au sujet de la norme de contrôle applicable

[52] Les demandeurs soutiennent que la décision du MPO de se fonder sur des instruments non réglementaires, tels que des politiques et des pouvoirs discrétionnaires ministériels pour assurer une protection légale, dans l'Énoncé sur la protection est susceptible de contrôle selon la décision correcte. Dans le même ordre d'idées, ils sont d'avis que la décision prise par les ministres de limiter l'Arrêté de protection aux éléments géophysiques de l'habitat essentiel doit être contrôlée selon la décision correcte, car il s'agit d'une erreur d'interprétation. Voir, par exemple, l'arrêt *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 124 et 128.

[53] The applicants offer the following analysis to determine the appropriate standard of review based on the factors enumerated in *Dunsmuir*, above. First, the Act contains no privative clause, which demonstrates that Parliament did not intend to insulate decisions made under the Act from judicial review.

[54] Second, the purpose of the Act is to prevent at-risk species from becoming extinct and to facilitate their survival, and section 58 of the Act is integral to achieving the Act's objectives.

[55] Third, the questions at issue involve statutory interpretation. As such, they are clearly more within the expertise of the Court than that of government bureaucrats. The Act is not a home statute to the respondents. Moreover, DFO did not consult its Recovery Team experts about either the Protection Statement or the Protection Order. As such, the applicants submit that it would be absurd to award deference to either decision on the basis of expertise.

[56] Finally, this question involves issues of law and jurisdiction. Accordingly, a standard of correctness ought to apply. In recent judicial review applications under the Act, the nature of the question has been a heavily weighed factor in determining the appropriate standard of review. See, for example, *Alberta Wilderness Association v. Canada (Environment)*, 2009 FC 710, 94 Admin. L.R. (4th) 81 (*Alberta Wilderness Association*), at paragraphs 40–46; and *Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161 (*Environmental Defence*), at paragraphs 31 and 44. Based on the above factors, the applicants contend that correctness is the appropriate standard of review.

[53] Les demandeurs offrent l'analyse suivante pour déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer, d'après les facteurs énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité. Premièrement, la Loi ne comporte aucune clause privative, ce qui montre que le législateur n'entendait pas soustraire au contrôle judiciaire les décisions prises en vertu de la Loi.

[54] Deuxièmement, la Loi a pour objet d'éviter que les espèces en péril disparaissent et de faciliter leur survie, et l'article 58 de la Loi est essentiel à la réalisation des objectifs de cette dernière.

[55] Troisièmement, les questions en litige mettent en cause l'interprétation de textes légaux. Cela étant, ces questions relèvent nettement plus de l'expertise de la Cour que de celle de bureaucrates gouvernementaux. La Loi n'est pas une loi constitutive pour les défendeurs. En outre, le MPO n'a pas consulté les experts de son Équipe de rétablissement à propos de l'Énoncé sur la protection ou de l'Arrêté de protection. Les demandeurs font donc valoir qu'il serait absurde de faire preuve de retenue à l'égard de l'une ou l'autre de ces décisions en se fondant sur le facteur de l'expertise.

[56] Enfin, cette question concerne des questions de droit et de compétence. C'est donc la décision correcte qu'il convient d'appliquer comme norme. Dans des demandes de contrôle judiciaire récemment présentées sous le régime de la Loi, la nature de la question en litige a été un facteur qui a eu un poids considérable pour ce qui est de déterminer la norme de contrôle appropriée. Voir, par exemple, *Alberta Wilderness Association c. Canada (Environnement)*, 2009 CF 710 (*Alberta Wilderness Association*), aux paragraphes 40 à 46; ainsi qu'*Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878 (*Environmental Defence*), aux paragraphes 31 et 44. Les demandeurs soutiennent qu'au vu des facteurs qui précèdent, la norme de contrôle appropriée est la décision correcte.

Respondents' Arguments on Standard of Review

[57] The respondents submit that there is no justiciable issue for the Court to review in this case and, as such, the issue of standard of review does not arise. However, following the oral hearing of this matter in Vancouver on June 14, 2010, the Court directed the respondents to address the merits of the applicants' Protection Statement application. As part of their subsequent supplemental submissions, the respondents argue that the standard of review should be reasonableness.

Appropriate Standard of Review

[58] I believe that the applicants are correct with regard to the appropriate standards of review for issues 2 and 4.

[59] Considering whether the Minister of Fisheries and Oceans erred in issuing a protection statement that relies on policy and other non-statutory instruments is, essentially, an issue of statutory interpretation. More simply put, if the Court chooses to exercise its jurisdiction to consider the first moot application, the Court must consider whether such non-statutory instruments fulfil the requirements to provide legal protection for critical habitat, pursuant to subsection 58(5) of the Act. This is an issue of statutory interpretation that should be reviewed on a standard of correctness. See *Dunsmuir*, above.

[60] I believe that statutory interpretation is also the crux of issue 4. Consequently, correctness is also the appropriate standard for review in determining whether the ministers adhered to statutory requirements in issuing the Protection Order made pursuant to subsection 58(5) of the Act.

Les arguments des défendeurs au sujet de la norme de contrôle applicable

[57] Les défendeurs soutiennent que, en l'espèce, il n'y a aucune question susceptible de recours judiciaire à soumettre au contrôle de la Cour et que, dans ce contexte, la question de la norme de contrôle ne se pose pas. Cependant, à la suite de l'audition de l'affaire à Vancouver, le 14 juin 2010, la Cour a ordonné aux défendeurs de traiter du bien-fondé de la demande des demandeurs relative à la déclaration de protection. Dans le cadre de leurs observations supplémentaires ultérieures, les défendeurs soutiennent que la norme de contrôle devrait être la raisonnablement.

La norme de contrôle applicable

[58] Je crois que les demandeurs ont raison en ce qui concerne la norme de contrôle qui s'applique aux questions n^{os} 2 et 4.

[59] La question de savoir si le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en publiant une déclaration de protection qui repose sur des politiques et d'autres instruments non réglementaires est, essentiellement, une affaire d'interprétation de la Loi. Pour dire les choses plus simplement, si la Cour décide d'exercer sa compétence pour examiner la première demande, de nature théorique, elle se doit d'examiner si ces instruments non réglementaires répondent à l'obligation de protéger légalement l'habitat essentiel, aux termes du paragraphe 58(5) de la Loi. Il s'agit là d'une question d'interprétation de la Loi qu'il convient de contrôler selon la décision correcte. Voir l'arrêt *Dunsmuir*, précité.

[60] Je crois que l'interprétation est également le nœud de la question n^o 4. La décision correcte est donc aussi la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer pour déterminer si les ministres se sont conformés aux exigences légales en prenant l'Arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(5) de la Loi.

ARGUMENTS

The Applicants

The Court should exercise its discretion to hear first moot application

[61] The applicants submit that the Court should hear and resolve all of the legal issues before it, since judicial clarification of the respondents' duty to provide legal protection for critical habitat will have significant effects on the survival of all aquatic species at risk.

[62] The first application before the Court raises an issue of statutory interpretation: whether policies, prospective laws, discretionary laws and provincial laws can be said to provide legal protection for critical habitat pursuant to section 58 of the Act. This issue was not resolved by the subsequent Protection Order issued by the respondents. The applicants contend that this issue must be decided, and declaratory relief be given to guard against future violations of section 58 of SARA.

[63] DFO's incorrect belief that section 58 protects only geospatial areas of critical habitat arises in both applications and continues to limit the scope of the Protection Order. Similar facts and legal issues are raised in both applications. Accordingly, judicial resources will be well spent in resolving the two applications simultaneously.

Hearing a moot application

[64] *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at page 353 sets out a two-step test to determine if the Court should exercise its discretion to hear a moot case:

LES ARGUMENTS DES PARTIES

Les demandeurs

La Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la première demande de nature théorique

[61] Les demandeurs sont d'avis que la Cour devrait entendre et trancher toutes les questions de droit qui lui sont soumises, car la clarification judiciaire de l'obligation qu'ont les défendeurs de protéger légalement l'habitat essentiel aura des effets importants pour la survie de toutes les espèces aquatiques en péril.

[62] La première demande soumise à la Cour soulève une question d'interprétation de la Loi : il s'agit de savoir si l'on peut dire que des politiques et des textes de loi prospectifs, d'application facultative ou provinciaux protègent légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la Loi. Cette question n'a pas été tranchée par l'Arrêté de protection que les défendeurs ont pris par la suite. Les demandeurs soutiennent qu'il est nécessaire de trancher cette question et de rendre ensuite un jugement déclaratoire pour se prémunir contre les violations futures de l'article 58 de la LEP.

[63] La conviction inexacte du MPO selon laquelle l'article 58 ne protège que les zones géospatiales de l'habitat essentiel est présente dans les deux demandes et continue de limiter la portée de l'Arrêté de protection. Des faits et des questions de droit semblables sont soulevées dans les deux demandes. Le fait de régler simultanément les deux demandes constituera de ce fait une bonne utilisation des ressources judiciaires.

L'audition d'une demande de nature théorique

[64] L'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), énonce, à la page 353 du recueil, un critère en deux volets qui permet de déterminer s'il convient que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour instruire une affaire de nature théorique :

1. First, has the required tangible dispute disappeared and have the issues become academic (the live controversy test)?

2. Second, if the answer to 1 is yes, should the Court exercise its discretion to hear the case even though it may have become moot?

To make its decision, the Court must consider the presence of an adversarial context, the concern for judicial economy, and the need for the Court to be sensitive to its role. See *Borowski*, above, at pages 353, 358–363.

[65] In this instance, the applicants say that the adversarial context remains present because the parties still dispute the nature and the scope of the respondents' duty under section 58 of the Act. It is important for the Court to exercise its discretion to resolve this issue because the issue might otherwise evade review. While the respondents also attempted to strike the applicants' application in *Environmental Defence*, above, the Court held in paragraph 2 of that case that "a review of the Minister's decision-making under *SARA* applied to the Nooksack Dace provides ample proof that the bringing of the present Application was absolutely necessary."

[66] In the case at hand, any legal uncertainty will have environmental costs. Failure to address fully this consolidated proceeding would risk providing less than full protection of critical habitat for vulnerable species. Moreover, this test case will have implications for all aquatic species. Endangered species do not have time to wait for DFO to "get it right". Furthermore, not every protection statement issued can be challenged in court. As such, other unlawful protection statements could easily evade judicial review.

1. Premièrement, le différend concret et tangible a-t-il disparu et les questions en litige sont-elles devenues purement théoriques (le critère du litige actuel)?

2. Deuxièmement, si la réponse à la première question est affirmative, la Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire même si celle-ci est devenue théorique?

Pour rendre sa décision, la Cour doit prendre en considération l'existence d'un débat contradictoire, le souci d'économie des ressources judiciaires et sa propre fonction véritable. Voir l'arrêt *Borowski*, précité, aux pages 353 et 358 à 363.

[65] En l'espèce, les demandeurs disent que le débat contradictoire est toujours présent car les parties contestent encore la nature et la portée de l'obligation que l'article 58 de la Loi impose aux défendeurs. Il est important que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour trancher cette question parce que, sans cela, cette dernière échapperait au contrôle judiciaire. Les défendeurs ont également tenté de faire radier la demande des demandeurs dans la décision *Environmental Defence*, précitée, mais dans cette dernière, au paragraphe 2, la Cour a conclu qu'« un examen du processus décisionnel du ministre dans le cadre de la LEP mis en application pour le naseux de Nooksack démontre amplement qu'il était absolument nécessaire de saisir la Cour de la présente demande ».

[66] Dans la présente affaire, toute incertitude juridique aura un prix sur le plan environnemental. Le fait de ne pas examiner en détail la présente instance, qui résulte d'une jonction d'instances, risque d'assurer moins qu'une protection complète de l'habitat essentiel d'es-pèces vulnérables. En outre, la présente cause aura, comme cause type, des répercussions pour toutes les espèces aquatiques. Les espèces en voie de disparition n'ont pas le temps d'attendre que le MPO [TRADUCTION] « fasse bien les choses ». De plus, ce ne sont pas toutes les déclarations de protection qui peuvent être contestées devant un tribunal et, dans ce contexte, d'autres déclarations de protection illégales pourraient facilement échapper à un contrôle judiciaire.

[67] Although the dispute in the Protection Statement application is technically moot, the remaining issue is squarely within the Court's function. Because the Protection Statement application raises facts and issues that overlap with the Protection Order application, it is efficient to resolve both applications together.

[68] If the Protection Statement application is not resolved, it may immunize from judicial scrutiny DFO's approach to protection statements. Furthermore, if the issue remains unresolved, the respondents will continue to rely on non-binding policies, prospective laws and discretionary laws that do not legally protect critical habitat. Clearly, the public interest will be served by providing judicial guidance on the nature and scope of the respondents' duty under section 58 of the Act.

Minister's duty

[69] The applicants submit that section 58 imposes on both respondent ministers a duty to provide legal protection against destruction for all components of a species' critical habitat. Justice Campbell in paragraphs 4, 45–46 and 58 of *Environmental Defence*, above, determined that critical habitat encompasses not only a defined geographic area but also a set of essential components. The applicants contend that, in the context of the Act, the destruction of critical habitat includes the destruction of the features and components of that habitat.

Recovery Strategy

[70] The Federal Court has held that it is mandatory to identify critical habitat in a recovery strategy; it is the Minister's duty to identify both the location and components of critical habitat. See *Alberta Wilderness Association*, above, at paragraphs 24–25 and *Environmental Defence*, above, at paragraph 61.

[67] Même si le différend dont il est question dans la demande relative à la déclaration de protection est techniquement théorique, la question qui subsiste relève clairement de la fonction de la Cour. Comme cette demande fait état de faits et de questions qui recourent ceux dont il est question dans la demande relative à l'arrêté de protection, il est économique de régler les deux demandes ensemble.

[68] Si la demande relative à la déclaration de protection n'est pas réglée, cela pourrait mettre à l'abri de tout contrôle judiciaire l'approche que suit le MPO à l'égard des déclarations de protection. En outre, si la question demeure non réglée, les défendeurs continueront de se fonder sur des politiques et des textes de loi prospectifs et d'application facultatives qui ne protègent pas légalement l'habitat essentiel. On servira manifestement l'intérêt public en formulant des directives judiciaires sur la nature et la portée de l'obligation qu'impose l'article 58 de la Loi aux défendeurs.

L'obligation des ministres

[69] Selon les demandeurs, l'article 58 impose aux deux ministres défendeurs l'obligation d'assurer une protection légale contre la destruction de tout élément de l'habitat essentiel d'une espèce. Aux paragraphes 4, 45, 46 et 58 de la décision *Environmental Defence*, précitée, le juge Campbell a décidé que l'habitat essentiel englobe non seulement une zone géographique définie, mais aussi une série d'éléments essentiels. Les demandeurs soutiennent que, dans le contexte de la Loi, la destruction de l'habitat essentiel inclut la destruction des caractéristiques et des éléments de cet habitat.

Le Programme de rétablissement

[70] La Cour fédérale a conclu qu'il est obligatoire de désigner l'habitat essentiel dans un programme de rétablissement; il incombe au ministre de désigner à la fois l'emplacement et les éléments de l'habitat essentiel. Voir la décision *Alberta Wilderness Association*, précitée, aux paragraphes 24 et 25, ainsi que la décision *Environmental Defence*, précitée, au paragraphe 61.

[71] In the instant case, the Recovery Strategy identifies critical habitat as including areas in coastal waters where the resident killer whales concentrate to feed on salmon. The presence and availability of salmon is a feature of this critical habitat. The Recovery Strategy also identifies key threats to components of the critical habitat, including reduced availability of prey, environmental contaminants, and physical and acoustic disturbance. It is important that any measure taken under the Act fully and adequately addresses each of these components.

Protection Statement

Protection Statement is unlawful

[72] The applicants submit that the Protection Statement made by the Minister of Fisheries and Oceans is unlawful because it relies on non-statutory instruments, provincial laws, prospective laws and discretionary laws to protect critical habitat.

[73] The applicants contend that a provision contained in a protection statement issued under paragraph 58(5)(b) must meet the following criteria:

- a. It must be a legal provision;
- b. It must be a federal law (with the exception of section 11 conservation agreements);
- c. The legal protection relied on must be in force at the time the protection statement is issued;
- d. Because the legal protection acts as a substitute for the prohibition in subsection 58(1) of SARA, it must be a mandatory and enforceable prohibition;
- e. The legal provisions must protect all components of the critical habitat.

[71] En l'espèce, le Programme de rétablissement précise que l'habitat essentiel englobe les zones situées dans les eaux côtières où se concentrent les épaulards résidents pour se nourrir de saumon. La présence et la disponibilité du saumon sont une caractéristique de cet habitat essentiel. Le Programme de rétablissement énonce également les principales menaces aux éléments de l'habitat essentiel, dont la disponibilité réduite des proies, les contaminants environnementaux ainsi que les perturbations physiques et acoustiques. Il est important que toute mesure prise en vertu de la Loi traite intégralement et convenablement de chacun de ces éléments.

L'Énoncé sur la protection

L'Énoncé sur la protection est illégal

[72] Les demandeurs soutiennent que l'Énoncé sur la protection que le ministre des Pêches et des Océans a établi est illégal parce qu'il repose sur des instruments non réglementaires, des lois provinciales, des lois de nature prospective et des lois d'application facultative pour protéger l'habitat essentiel.

[73] Les demandeurs sont d'avis qu'une disposition contenue dans une déclaration de protection publiée en vertu de l'alinéa 58(5)b) doit répondre aux critères suivants :

- a. il doit s'agir d'une disposition d'une loi;
- b. il doit s'agir d'une loi fédérale (à l'exception des accords de conservation visés à l'article 11);
- c. la protection légale sur laquelle on se fonde doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est publiée;
- d. comme la protection légale tient lieu de substitut à l'interdiction mentionnée au paragraphe 58(1) de la LEP, il doit s'agir d'une interdiction impérative et exécutoire;
- e. les dispositions légales doivent protéger tous les éléments de l'habitat essentiel.

[74] Within the statutory scheme of the Act, a protection statement can act as a substitute for a protection order. As such, the provisions cited within a protection statement are intended to provide the same protection for critical habitat as would the provisions of a protection order.

[75] Parliament clearly intended that habitat protection be mandatory and meaningful and did not leave it to ministers to choose whether or not to protect critical habitat. In the first reading of Bill C-5, section 58 was weaker and offered more discretion: see Bill C-5, *An Act respecting the protection of wildlife species at risk in Canada*, 1st session, 37th Parliament (1st reading, 2 February 2001). However, some Parliamentarians objected to this discretion and pushed for mandatory protection of critical habitat. Consequently, amendments were proposed to strengthen protection for critical habitat, and these are reflected in section 58 in its current form.

[76] For a protection statement to act as a substitute for the mandatory enforceable legal protection of a protection order, the legal provisions cited in a protection statement must be mandatory and enforceable. However, the Protection Statement issued by the Minister in the present case cites numerous non-statutory instruments, including:

- a. code of conduct and outreach initiatives;
- b. whale-watching guidelines;
- c. statement of practice regarding the mitigation of seismic sound in the marine environment;
- d. sensitive benthic areas policy;
- e. wild salmon policy;
- f. integrated fisheries management plans; and

[74] Au sein du régime de la Loi, une déclaration de protection peut tenir lieu de substitut à un arrêté de protection. Cela étant, les dispositions qui sont citées dans une déclaration de protection visent à procurer à un habitat essentiel la même protection que le feraient les dispositions d'un arrêté de protection.

[75] Le Parlement a clairement envisagé que la protection de l'habitat soit une question impérative et sérieuse et n'a pas laissé aux ministres le soin de décider s'il convient de protéger ou non les habitats essentiels. À la première lecture du projet de loi C-5, l'article 58 était d'une portée plus faible et laissait plus de place au pouvoir discrétionnaire : voir le projet de loi C-5, intitulé *Loi concernant la protection des espèces sauvages en péril au Canada*, 1^{re} session, 37^e législature (1^{re} lecture, 2 février 2001). Cependant, un certain nombre de parlementaires se sont opposés à ce pouvoir discrétionnaire et ont fait pression pour que la protection de l'habitat essentiel soit impérative. Des amendements ont donc été proposés en vue d'affermir la protection de l'habitat essentiel, et ils se reflètent dans la version actuellement en vigueur de l'article 58.

[76] Pour qu'une déclaration de protection tienne lieu de substitut à la protection légale impérative et exécutoire d'un arrêté de protection, il faut que les dispositions légales qui y sont citées soient elles aussi impératives et exécutoires. Cependant, l'Énoncé sur la protection que le ministre a publié en l'espèce cite de nombreux instruments non réglementaires, dont les suivants :

- a. des initiatives en matière de code de conduite et de sensibilisation;
- b. des lignes directrices sur l'observation des baleines;
- c. un énoncé des pratiques d'atténuation des ondes sismiques en milieu marin;
- d. une politique concernant les zones benthiques vulnérables;
- e. une politique concernant le saumon sauvage;
- f. des plans de gestion intégrée des pêches;

g. military sonar protocols.

These instruments are not laws that legally protect critical habitat from destruction; rather, they are policies, which cannot bind the Minister and do not compel behaviour. See *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1 (*Ahousaht Indian Band*), at paragraph 752; and *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 300, 1 Admin. L.R. (5th) 91 (*Arsenault*), at paragraphs 33, 38, 43, leave to appeal to the S.C.C. requested.

[77] In a few rare cases a guideline or a policy has been given legal effect by a court. However, in these instances the enabling statute mandated the issuance of the policy, making it a mandatory policy. Furthermore, a prohibition attaches for failure to follow such a policy. See, for example, *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 (*Oldman River*), at pages 33, 35–36; and *Glowinski v. Canada (Treasury Board)*, 2006 FC 78, 286 F.T.R. 217 (*Glowinski*), at paragraphs 40 and 43. This is not the case with the policies listed in the Protection Statement under review in this application. At the time the Protection Statement was issued, some of the policies it cited were not yet finalized or implemented. Moreover, some of the policies are simply not applicable to the resident killer whales' critical habitat.

[78] The applicants submit that a protection statement also cannot cite prospective laws, since provisions that rely on the prospective exercise of legislative authority cannot, and do not, legally protect until that authority is exercised. This finding has been upheld by the U.S. Federal Court in *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009) (*Greater Yellowstone Coalition*), at page 1116 in which the Court held that “[p]romises of future, speculative action are not existing regulatory mechanisms.” In the present case, the Protection Statement erroneously relies on speculative or future regulatory action to protect critical habitat under subsection 58(5) of SARA.

g. des protocoles concernant les sonars militaires.

Ces instruments ne sont pas des lois qui protègent légalement l'habitat essentiel contre sa destruction; il s'agit plutôt de politiques, qui ne peuvent pas lier le ministre et qui n'obligent pas à se comporter d'une certaine façon. Voir *Ahousaht Indian Band and Nation v. Canada (Attorney General)*, 2009 BCSC 1494, [2010] 1 C.N.L.R. 1 (*Ahousaht Indian Band*), au paragraphe 752; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 300 (*Arsenault*), aux paragraphes 33, 38 et 43, autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. demandée.

[77] Dans de rares cas, un tribunal donne force de loi à une ligne directrice ou à une politique. Cependant, dans ces cas, c'est la loi habilitante qui prescrit l'établissement de la politique, ce qui en fait une politique impérative. Par ailleurs, il y a une interdiction qui prend effet si l'on ne se conforme pas à cette politique. Voir, par exemple, l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 (*Oldman River*), aux pages 33, 35 et 37; ainsi que la décision *Glowinski c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2006 CF 78 (*Glowinski*), aux paragraphes 40 et 43. Cela n'est pas le cas des politiques énumérées dans l'Énoncé sur la protection qui fait l'objet d'un contrôle en l'espèce. Au moment où l'Énoncé sur la protection a été fait, certaines des politiques qu'il citait n'avaient pas encore été mises au point ou mises en œuvre. De plus, certaines d'entre elles ne s'appliquent tout simplement pas à l'habitat essentiel des épaulards résidents.

[78] Au dire des demandeurs, une déclaration de protection ne peut pas non plus citer des lois de nature prospective, car les dispositions qui se fondent sur l'exercice prospectif de pouvoirs législatifs ne peuvent pas assurer une protection légale avant que ces pouvoirs eux-mêmes soient exercés. Il s'agit là d'une conclusion qu'a confirmée la Cour fédérale des États-Unis dans la décision *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F.Supp.2d 1105 (D. Mont. 2009) (*Greater Yellowstone Coalition*), à la page 1116, et dans laquelle il a été conclu que [TRADUCTION] « [I]es promesses d'une intervention hypothétique future ne sont pas des mécanismes réglementaires existants. » En

[79] The legal provisions cited in a protection statement must be mandatory and enforceable. While the prohibition in subsection 58(1) is engaged by a protection order, so too are sections 73 [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23] and 74, which limit the Minister's ability to issue any permit that will affect critical habitat. Indeed, the Act provides that no permits can be issued that could jeopardize the survival and recovery of the species.

[80] Furthermore, the provisions cited in the Protection Statement grant a broad, unstructured discretion to permit harmful activities, including those that would destroy critical habitat. Discretionary protection does not legally protect critical habitat from destruction, since it is neither mandatory nor enforceable.

[81] The Protection Statement also listed the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA) and provincial laws as providing protection to the population in question. Each of these are addressed as follows, by the applicants.

Fisheries Act

[82] The applicants say that a proper evaluation of whether the Protection Statement meets the legal standard required pursuant to section 58 of SARA demands a comparison between the legal provisions that the Statement cites and the protection provided by SARA. The applicants submit that there is a clear difference between the legal protection afforded critical habitat under subsection 58(1) of SARA and the broad discretion under the *Fisheries Act*.

l'espèce, la déclaration de protection se fonde à tort sur des interventions réglementaires hypothétiques ou futures pour protéger l'habitat essentiel en vertu du paragraphe 58(5) de la LEP.

[79] Les dispositions légales citées dans une déclaration de protection doivent être impératives et exécutoires. Même si l'interdiction prononcée au paragraphe 58(1) est déclenchée par un arrêté de protection, c'est le cas aussi des articles 73 [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23] et 74, qui restreignent la capacité qu'a le ministre de délivrer un permis touchant un habitat essentiel. En fait, la Loi dispose qu'aucun permis ne peut être délivré qui mettrait en péril la survie et le rétablissement de l'espèce.

[80] De plus, les dispositions citées dans l'Énoncé sur la protection confèrent le pouvoir discrétionnaire vaste et non structuré d'autoriser des activités dommageables, y compris celles qui détruiraient l'habitat essentiel. Une protection discrétionnaire ne protège pas légalement l'habitat essentiel contre sa destruction, car elle n'est ni impérative ni exécutoire.

[81] L'Énoncé sur la protection énumérait également la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCEE) de même que diverses lois provinciales, qui protègent la population en question. Chacune de ces lois sont analysées comme suit, par les demandeurs.

La Loi sur les pêches

[82] Selon les demandeurs, une évaluation appropriée de la question de savoir si l'Énoncé sur la protection satisfait à la norme juridique requise en vertu de l'article 58 de la LEP oblige à faire une comparaison entre les dispositions légales que cite l'Énoncé et la protection qu'assure la LEP. Il y a une nette différence, ajoutent-ils, entre la protection juridique que le paragraphe 58(1) de la LEP confère à l'habitat essentiel et le vaste pouvoir discrétionnaire que prévoit la *Loi sur les pêches*.

[83] While the *Fisheries Act* and its associated regulations are designed to protect critical habitat, the regulatory scheme under the *Fisheries Act* is highly discretionary. Furthermore, this discretion is not limited by policy or plans. See, for example, *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.) (*Carpenter Fishing Corp.*), at paragraphs 35 and 37 and *Ahousaht Indian Band*, above, at paragraph 752.

[84] The applicants draw particular attention to sections 35 and 36 of the *Fisheries Act*, which allow DFO a much broader discretion to authorize habitat destruction than is allowed under SARA. See, for example, Janice Walton, *Blakes' Canadian Law of Endangered Species* (Toronto: Carswell, 2007), at pages 2-31 to 2-33. Indeed, sections 35 and 36 of the *Fisheries Act* prohibit only unauthorized destruction of fish habitat, while SARA prohibits any destruction of critical habitat. According to the applicants:

SARA's permitting provisions limit activities that could affect critical habitat and preclude authorization of any activity that could jeopardize survival and recovery of the species. The s. 58(1) prohibition against destruction of critical habitat applies to all critical habitat and against any activity that might destroy it.

[85] While it is possible to use the *Fisheries Act* to provide legal protection for critical habitat, the applicants contend that no such action has been taken. As such, the applicants contend that, absent a specific regulation protecting critical habitat, the *Fisheries Act* cannot lawfully substitute for an order under SARA.

Canadian Environmental Assessment Act

[86] The Protection Statement also relies on the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA) to

[83] La *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application sont conçus pour protéger l'habitat essentiel, mais le régime réglementaire que prévoit la *Loi sur les pêches* est de nature hautement discrétionnaire. En outre, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas restreint par des politiques ou par des plans. Voir, par exemple, l'arrêt *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.) (*Carpenter Fishing Corp.*), aux paragraphes 35 et 37, et la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752.

[84] Les demandeurs attirent l'attention sur les articles 35 et 36 de la *Loi sur les pêches*, qui confèrent au MPO, pour ce qui est d'autoriser la destruction d'un habitat, un pouvoir discrétionnaire nettement plus vaste que ce que permet la LEP. Voir, par exemple, Janice Walton, *Blakes' Canadian Law of Endangered Species* (Toronto : Carswell, 2007), aux pages 2-31 à 2-33. En fait, ces deux articles de la *Loi sur les pêches* n'interdisent que la destruction non autorisée de l'habitat du poisson, tandis que la LEP interdit toute destruction de l'habitat essentiel. Selon les demandeurs :

[TRADUCTION] Les dispositions en matière de délivrance de permis de la LEP limitent les activités qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'habitat essentiel et empêchent d'autoriser toute activité qui pourrait mettre en péril la survie et le rétablissement de l'espèce. L'interdiction du paragraphe 58(1) relative à la destruction de l'habitat essentiel s'applique à tous les habitats essentiels et vise n'importe quelle activité qui pourrait les détruire.

[85] Les demandeurs soutiennent que, même s'il est possible de recourir à la *Loi sur les pêches* pour protéger légalement l'habitat essentiel, aucune mesure de ce genre n'a été prise. Les demandeurs soutiennent donc qu'à défaut d'une disposition réglementaire précise qui protège l'habitat essentiel, la *Loi sur les pêches* ne peut se substituer légalement à un arrêté pris en vertu de la LEP.

La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale

[86] L'Énoncé sur la protection se fonde également sur la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

provide legal protection for critical habitat. However, the CEAA is largely a procedural statute that sets out a series of steps to be taken before projects may proceed at the discretion of the Minister. Consequently, the CEAA does not prohibit approval of environmentally destructive projects.

Provincial laws are not laws of Parliament

[87] Section 58 of the Act requires that critical habitat be protected under an “Act of Parliament”, or, in the alternative, under a section 11 conservation agreement. As such, provincial laws and municipal laws should not be cited in a protection statement.

Protection Statement fails to protect all components

[88] The Protection Statement is unlawful because it provides legal protection for only certain elements or components of critical habitat. In so doing, it fails to address the most significant threats to critical habitat, including reduction in the availability of prey, toxic contamination, and physical and acoustic disturbance.

[89] The first part of the Protection Statement purports to protect the “geospatial and geophysical attributes” of the critical habitat against threats from industrial activity, destructive fishing gear and vessel anchors. According to the Recovery Strategy, these threats are not the most significant to critical habitat, and yet they are the only activities for which the Protection Statement cites the legislation, regulations and/or policies to be used to protect the critical habitat.

[90] The second part of the Protection Statement addresses degradation of the acoustic environment, degradation of marine environmental quality and declining availability of prey. It attempts to address these

(LCEE) pour protéger légalement l’habitat essentiel. Cependant, la LCEE est essentiellement une loi de nature procédurale qui énonce une série de mesures à prendre avant qu’un projet puisse être mis à exécution à la discrétion du ministre. De ce fait, elle n’interdit pas d’approuver les projets destructeurs sur le plan environnemental.

Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales

[87] L’article 58 de la Loi exige que l’habitat essentiel soit protégé par les dispositions d’une « loi fédérale » ou, subsidiairement, par un accord de conservation visé à l’article 11. Cela étant, il ne convient pas de citer des lois provinciales et des règlements municipaux dans une déclaration de protection.

L’Énoncé sur la protection ne protège pas tous les éléments

[88] L’Énoncé sur la protection est illégal parce qu’il ne protège légalement que certains éléments de l’habitat essentiel. Ce faisant, il omet de traiter des menaces les plus sérieuses pour l’habitat essentiel, dont la disponibilité réduite de proies, la contamination toxique et les perturbations physiques et acoustiques.

[89] La première partie de l’Énoncé sur la protection vise à protéger les « attributs géospatiaux et géophysiques » de l’habitat essentiel (appelé « habitat critique » dans l’Énoncé) contre les menaces que représentent les activités industrielles, les engins de pêche destructeurs et les ancres des navires. Selon le Programme de rétablissement, ces menaces ne sont pas les plus sérieuses pour l’habitat essentiel et, pourtant, il s’agit des seules activités pour lesquelles la déclaration de protection cite les lois, les règlements ou les politiques à appliquer en vue de protéger l’habitat essentiel.

[90] La seconde partie de l’Énoncé sur la protection traite de la dégradation de l’environnement acoustique, de la dégradation de la qualité de l’environnement marin et de la disponibilité réduite de proies. Elle tente de

issues by listing tools that are, according to the Protection Statement, “available to manage and mitigate threats to [ecosystem] functions”. The applicants submit that the division between the first and second parts of the Protection Statement reflects the unlawful policy distinction, which recognizes DFO’s duty to protect geophysical components but ignores its duty to protect biological components of critical habitat.

Protection Order

[91] The applicants say that in creating a limited protection order that includes geophysical areas of critical habitat but excludes identified components of the critical habitat, the respondent ministers have implemented an unlawful policy and thereby have failed to respond to a duty assigned them by statute. See, for example, *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735.

[92] The Federal Court determined in *Environmental Defence*, above, that such policies are unlawful. Accordingly, the Court ought to confirm that section 58 of the Act requires legal protection of all components of critical habitat.

Interpretation of Section 58

Bilingual interpretation

[93] The applicants contend that the proper interpretation of section 58 of the Act obliges the respondents to ensure legal protection of all of the components of critical habitat. This interpretation is supported by numerous grounds, including a plain language examination of that section as well as the French version of section 58 and the case of *Environmental Defence*, above.

[94] The creation of a protection order under subsections 58(4) and (5) triggers the subsection 58(1)

régler ces problèmes en énumérant des instruments qui, selon le texte de la déclaration, sont « [disponibles] pour gérer et atténuer les menace[s] aux diverses fonctions [écosystémiques] ». Les demandeurs soutiennent que la division entre la première et la seconde partie de l’Énoncé sur la protection reflète la distinction de principe illégale, qui reconnaît l’obligation qu’a le MPO de protéger les éléments géophysiques de l’habitat essentiel mais fait abstraction de celle d’en protéger les éléments biologiques.

L’Arrêté de protection

[91] Les demandeurs disent qu’en créant un arrêté de protection restreint, qui inclut les aires géophysiques de l’habitat essentiel mais exclut les éléments désignés de cet habitat, les ministres défendeurs ont mis en œuvre une politique illégale et ne s’acquittent donc pas d’une obligation que leur impose la loi. Voir, par exemple, *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735.

[92] La Cour fédérale a établi, dans la décision *Environmental Defence*, précitée, que les politiques de cette nature sont illégales. De ce fait, la Cour devrait confirmer que l’article 58 de la Loi exige que tous les éléments de l’habitat essentiel soient protégés légalement.

L’interprétation de l’article 58

L’interprétation bilingue

[93] Les demandeurs sont d’avis que l’interprétation appropriée de l’article 58 de la Loi oblige les défendeurs à protéger légalement tous les éléments de l’habitat essentiel. Cette interprétation est étayée par de nombreux motifs, dont un examen du simple libellé de cette disposition, la version française de l’article 58 et la décision *Environmental Defence*, précitée.

[94] La création d’un arrêté de protection en vertu des paragraphes 58(4) et (5) déclenche l’interdiction

prohibition against the destruction of critical habitat. The applicants contend that the proper construction of the phrase “any part of the critical habitat” in subsection 58(1) includes any *component* of the critical habitat, since it is the combination of each component that makes up the critical habitat as a whole.

[95] In this case, the resident killer whales’ critical habitat consists of prey availability, unpolluted water and a quiet environment. Indeed, the Recovery Strategy and other government publications note that these habitat components are necessary for the survival of the species.

[96] The term “part” in subsection 58(1) may be interpreted to mean “component”. See, for example, *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 10th ed., s.v. “component” [Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1998]. Moreover, section 58 uses the word “part” differently from the way it uses the word “portion.” According to the applicants, where Parliament intends to refer to a geospatial portion of critical habitat—so as to denote a sub-area—it refers to a “portion of the critical habitat”: see subsections 58(2) to (4). However, Parliament uses the word “part” in subsection 58(1) to refer to a constituent element or component.

[97] Furthermore, the French version of section 58 of the Act requires legal protection of all *components* of critical habitat. Accordingly, a bilingual interpretation of section 58 demonstrates that the respondents’ duty includes the protection of all components of the habitat. According to the Supreme Court of Canada in *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paragraph 28:

We must determine whether there is an ambiguity, that is, whether one of both versions of the statute are “reasonably capable of more than one meaning”.... If there is an ambiguity in one version but not the other, the two versions must be reconciled, that is, we must look for the meaning that is

de détruire l’habitat essentiel prescrite par le paragraphe 58(1). Les demandeurs soutiennent que l’interprétation appropriée des mots « *any part of the critical habitat* », dans la version anglaise du paragraphe 58(1), englobe n’importe quel *component* de l’habitat essentiel, puisque c’est la combinaison de chaque *component* qui forme l’habitat essentiel dans son ensemble.

[95] En l’espèce, l’habitat essentiel des épaulards résidents se compose de la disponibilité de proies, d’eaux non polluées et d’un environnement tranquille. En fait, le Programme de rétablissement et d’autres publications gouvernementales signalent que ces *components* de l’habitat sont nécessaires à la survie de l’espèce.

[96] Le mot « *part* », dans la version anglaise du paragraphe 58(1), peut être interprété comme signifiant « *component* » (ou « élément », comme dans la version française de cette disposition). Voir, par exemple, le *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 10^e éd., s.v. « *component* » [Springfield, Mass. : Merriam-Webster, 1998]. En outre, l’article 58 utilise le mot « *part* » différemment de la façon dont il emploie le mot « *portion* » (en français : « partie »). Au dire des demandeurs, lorsque le législateur entend désigner une partie géospatiale de l’habitat essentiel — de façon à dénoter une sous-zone — il mentionne une « *portion of the critical habitat* » (en français : « partie de [l’habitat essentiel] ») : voir les paragraphes 58(2) à (4). Cependant, le législateur emploie le mot « *part* » au paragraphe 58(1) pour désigner un élément constitutif.

[97] De plus, la version française de l’article 58 de la Loi exige que l’on protège légalement tous les éléments de l’habitat essentiel. De ce fait, une interprétation bilingue de l’article 58 montre que l’obligation des défendeurs englobe la protection de tous les éléments de l’habitat. Selon la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, au paragraphe 28 :

Il faut vérifier s’il y a ambiguïté, c’est-à-dire si une ou les deux versions de la loi sont « raisonnablement susceptible[s] de donner lieu à plus d’une interprétation » [...] S’il y a ambiguïté dans une version de la disposition et pas dans l’autre, il faut tenter de concilier les deux versions, c’est-à-dire chercher

common to both versions.... The common meaning is the version that is plain and not ambiguous.... [Citations omitted.]

[98] When this approach is applied to the interpretation of subsection 58(1) of SARA it becomes clear that the common meaning between both versions is a prohibition against the destruction of the *components* of critical habitat. While the English version of the Act states that no person shall destroy any part of the critical habitat, the French version states that “*il est interdit de détruire un élément de l’habitat essentiel*”. “*Élément*” is defined in *Le Nouveau Petit Robert*, 2002 [Paris: Dictionnaires Le Robert] as “*Partie constitutive d’une chose. 1 ♦ Chacune des choses dont la combinaison, la réunion forme une autre chose.*” Furthermore, in a leading French-English dictionary, “*élément*” is translated to mean “component.” See *Le Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior*, 4th ed. [Paris: Dictionnaires Le Robert, 1995], and *Collins Robert French Dictionary*, 7th ed., s.v. “*élément*” [New York: HarperCollins, 2005].

[99] Although “part” may be capable of being construed in more than one way within subsection 58(1), “*élément*” is not; rather, “*un élément*” refers to one of the number of constituent parts or components that, in combination, form a whole.

[100] This interpretation is further supported by the broad structure of section 58. The French version of section 58 of the Act uses the term “*partie*” rather than “*élément*” to make reference to a sub-area or portion of critical habitat. In subsections 58(2) to (4), the word “*partie*” is consistently used as the French counterpart to the English word “portion”.

[101] It becomes clear in applying bilingual interpretation principles that the common meaning of “any part” and “*un élément*” includes all integral components of a species’ critical habitat.

le sens qui est commun aux deux versions [...] Le sens commun favorisera la version qui n’est pas ambiguë, la version qui est claire [...] [Citations omises.]

[98] Si l’on applique cette approche à l’interprétation du paragraphe 58(1) de la LEP, il devient évident que le sens qu’ont en commun les deux versions est une interdiction de détruire les *components* de l’habitat essentiel. La version anglaise de la Loi dit : « *no person shall destroy any part of the critical habitat* », mais la version française dit ceci : « il est interdit de détruire un élément de l’habitat essentiel ». Le mot « élément » est défini dans l’édition 2002 de *Le Nouveau Petit Robert* [Paris : Dictionnaires Le Robert] comme suit : « Partie constitutive d’une chose. 1 ♦ Chacune des choses dont la combinaison, la réunion forme une autre chose. » En outre, dans un important dictionnaire français-anglais, le mot « élément » est traduit par le mot « *component* ». Voir *Le Robert & Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français senior*, 4^e éd. [Paris : Dictionnaires Le Robert, 1995], et le *Collins Robert French Dictionary*, 7^e éd., s.v. « élément » [New York : HarperCollins, 2005].

[99] Même si le mot anglais « *part* » peut être interprété de plus d’une façon au sein du paragraphe 58(1), ce n’est pas le cas du mot français « élément »; « un élément » désigne plutôt l’une des diverses parties constitutives qui, en combinaison, forment un tout.

[100] Cette interprétation est de plus étayée par la structure générale de l’article 58, dont la version française emploie le mot « *partie* » plutôt qu’« élément » pour faire référence à une sous-zone ou une portion de l’habitat essentiel. Aux paragraphes 58(2) à (4), le mot « *partie* » est systématiquement utilisé comme équivalent français du mot anglais « *portion* ».

[101] Il devient évident, quand on applique les principes de l’interprétation bilingue, que le sens ordinaire des mots « *any part* » et « un élément » inclut tous les « *components* » intégrants de l’habitat essentiel d’une espèce.

The case of *Environmental Defence*

[102] The applicants submit that section 58 of the Act must be given a purposive interpretation that ensures meaningful legal protection, as occurred with paragraph 41(1)(c) of SARA in *Environmental Defence*, above. Justice Campbell held in *Environmental Defence* that critical habitat is not just a geospatial area. Rather, Justice Campbell determined at paragraphs 57–66 that when identifying a species' critical habitat, the Minister must identify both the location of the habitat as well as its essential attributes or features. Identification of the components of critical habitat is undertaken to ensure that these components are later legally protected under the Act.

[103] At paragraph 53 of *Environmental Defence*, Justice Campbell examined the relationship between the identified components of critical habitat and its geospatial coordinates:

Except perhaps by nuclear Armageddon, one cannot destroy a place in its entirety. Nor can one destroy a set of geospatial co-ordinates. Rather, the destruction of critical habitat involves destruction of the *components* of that habitat. Put concretely, to destroy a spotted owl's habitat involves clear-cutting the old-growth forest it relies on for food and protection from predators. To destroy an endangered frog's habitat may involve filling and paving a wetland and placing a shopping mall atop it. To destroy the Nooksack Dace's habitat could involve removal of riparian vegetation, which the dace rely on to regulate temperature, erosion, and pollution; or removing water from the streambed. Clear-cutting trees, filling wetlands and draining streams does not destroy the location; rather, it destroys the *features* and *components* that were relied on by endangered species.

[104] Moreover, in making his decision, Justice Campbell considered the *Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24 (entered into force 29 December 1993) and determined that critical habitat should be interpreted to include both its physical and biological features so as not to put Canada

La décision *Environmental Defence*

[102] Les demandeurs soutiennent qu'il convient d'interpréter l'article 58 de la Loi d'une manière téléologique qui assure une protection légale sérieuse, comme c'est le cas avec l'alinéa 41(1)c) de la LEP, dans la décision *Environmental Defence*, précitée. Le juge Campbell a conclu, dans cette décision-là, que l'habitat essentiel n'est pas seulement une zone géospatiale. Il a plutôt décidé, aux paragraphes 57 à 66, que, lorsqu'il est question de désigner l'habitat essentiel d'une espèce, le ministre doit désigner à la fois l'emplacement de l'habitat et ses caractéristiques ou attributs essentiels. La désignation des éléments constitutifs de l'habitat essentiel (« *its components* ») a pour but de garantir que ces éléments sont plus tard légalement protégés en vertu de la Loi.

[103] Au paragraphe 53 de la décision *Environmental Defence*, le juge Campbell examine la relation qui existe entre les éléments constitutifs désignés de l'habitat essentiel et ses coordonnées géospatiales :

Si ce n'est peut-être d'un cataclysme nucléaire, il est impossible de détruire un lieu dans son entièreté. Tout comme il est impossible de détruire un ensemble de coordonnées géospatiales. La destruction d'un habitat essentiel est plutôt le résultat de la destruction de ses *éléments constitutifs*. Ainsi, la destruction de l'habitat de la chouette tachetée implique la coupe rase de la forêt ancienne dont elle dépend pour son alimentation et pour la protection contre les prédateurs. La destruction de l'habitat d'une grenouille peut être causée par l'assèchement et le remblayage d'une zone humide afin d'y ériger un centre commercial. Dans le même ordre d'idées, une façon de détruire l'habitat du naseux de Nooksack consisterait à éliminer la végétation rivulaire qui régule la température et prévient l'érosion et la pollution du milieu dont le naseux dépend ou encore à assécher le lit de ses ruisseaux. La coupe rase d'arbres, le remblayage des zones humides et l'assèchement des ruisseaux ne détruisent pas le lieu : ces pratiques détruisent plutôt les *caractéristiques* et les *éléments constitutifs* dont dépendait une espèce en voie de disparition.

[104] De plus, pour rendre sa décision, le juge Campbell a pris en considération la *Convention sur la diversité biologique*, datée du 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24 (entrée en vigueur le 29 décembre 1993) et a conclu qu'il convient de considérer que l'habitat essentiel englobe à la fois ses caractéristiques physiques et ses

in breach of its international treaty obligations (paragraphs 38–39, 55, 62). Because the Act was created in part to implement Canada’s commitments under the *Convention on Biological Diversity*, the Act should be interpreted in harmony with the treaty’s values and principles.

caractéristiques biologiques, de façon à éviter que le Canada manque à ses obligations en matière de traités internationaux (paragraphe 38 et 39, 55, 62). Comme la Loi a été créée en partie pour mettre en œuvre les engagements pris par le Canada dans le cadre de la *Convention sur la diversité biologique*, la Loi devrait être interprétée en harmonie avec les valeurs et les principes de ce traité.

Unlawful limitation of the scope of the Protection Order

La limitation illégale de la portée de l’Arrêté de protection

[105] The applicants contend that the evidence before the Court, including the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) in both official languages and DFO’s conduct and positions before and after the issuance of the Protection Order, demonstrates that the respondents have unlawfully limited the scope of the Protection Order.

[105] Les demandeurs soutiennent que les éléments de preuve soumis à la Cour, dont le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) dans les deux langues officielles et la conduite et les positions du MPO avant et après la prise de l’Arrêté de protection, montrent que les défendeurs ont restreint de manière illégale la portée de l’Arrêté de protection.

[106] The RIAS demonstrates the respondents’ decision to limit the Protection Order to protect only “geophysical area” of critical habitat [at page 340]:

[106] Il ressort du REIR que les défendeurs ont pris la décision de limiter l’Arrêté de protection de manière à ne protéger que la « zone géophysique » de l’habitat essentiel [à la page 340] :

Critical habitat for the Northern and Southern Resident Killer Whales was identified in the Final Recovery Strategy posted on March 14, 2008 on the SARA Public Registry. The Recovery Strategy identifies at section 3 the critical habitats as defined geophysical areas where these populations concentrate. In addition, ... DFO recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of Northern and Southern Resident Killer Whales.

Les habitats essentiels des épaulards résidents du nord et du sud étaient identifiés dans le programme de rétablissement final qu’on a affiché le 14 mars 2008 sur le registre public des espèces en péril. Le programme de rétablissement nous présente, dans la section 3, les habitats essentiels comme des zones géophysiques définies où ces populations sont concentrées. De plus, MPO reconnaît que d’autres caractéristiques de cet écosystème, comme l’existence de proies à des fins de fourrage et la qualité de l’environnement, sont importantes pour la survie et le rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud.

[107] This passage of the RIAS demonstrates both an error of law and an error of fact.

[107] Cet extrait du REIR illustre à la fois une erreur de droit et une erreur de fait.

[108] While the respondents characterize their legal obligation as extending only as far as protecting “geophysical areas”, they acknowledge that there are biological, acoustic and chemical components of critical habitat. However, despite recognizing component features, the respondents do not extend legal protection to these features. This is an error of law.

[108] Bien que les défendeurs disent que leur obligation légale ne consiste qu’à protéger les « zones géophysiques », ils reconnaissent que l’habitat essentiel comporte des éléments biologiques, acoustiques et chimiques. Cependant, même s’ils reconnaissent l’existence de caractéristiques constitutives, les défendeurs ne les protègent pas légalement. Il s’agit là d’une erreur de droit.

[109] Also, the respondents do not properly understand the Recovery Strategy. One cannot argue that the Recovery Strategy, as a whole, identifies critical habitat as only an area. This is an error of fact.

[110] A comparison of the French and English versions of the RIAS demonstrates that the respondents have misconstrued section 58 of SARA and, consequently, have misunderstood their duty under this section.

[111] Furthermore, prior to the publication of the Protection Order DFO exerted bureaucratic pressure to weaken the legal protection of critical habitat and remove references to ecosystem features of critical habitat.

[112] The respondents' position that critical habitat is only a geospatial location did not change after the Protection Order was published, a position that DFO maintained in *Environmental Defence*, above. This reflects DFO's legally incorrect understanding of the scope of its duty under section 58 as well as the respondents' intention to limit the Protection Order so as not to cover all physical and biological components of the critical habitat.

The Respondents

[113] The respondents contend that the Protection Order provides the resident killer whales with the protection they require. No greater protection will be provided if the Court considers the moot Protection Statement, and there is nothing for the Court to review with regard to the Protection Order.

Court should not exercise its jurisdiction

[109] En outre, les défendeurs ne comprennent pas comme il faut le Programme de rétablissement. On ne peut pas faire valoir que ce Programme, dans son ensemble, désigne l'habitat essentiel comme étant uniquement comme une zone. Il s'agit là d'une erreur de fait.

[110] Il ressort d'une comparaison de la version française et de la version anglaise du REIR que les défendeurs ont mal interprété l'article 58 de la LEP et, partant, qu'ils ont mal saisi l'obligation que leur impose cette disposition.

[111] En outre, avant la publication de l'Arrêté de protection, le MPO a exercé des pressions sur le plan bureaucratique pour affaiblir la protection légale de l'habitat essentiel et faire disparaître les références faites aux caractéristiques écosystémiques de cet habitat.

[112] La position des défendeurs selon laquelle l'habitat essentiel n'est qu'un emplacement géospatial n'a pas changé après la publication de l'Arrêté de protection, et il s'agit là d'une position que le MPO maintenait dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée. Ce fait reflète la compréhension légalement incorrecte qu'a le MPO de la portée de l'obligation que lui impose l'article 58, de même que l'intention des défendeurs de limiter l'Arrêté de protection de façon à ce qu'il n'englobe pas tous les éléments physiques et biologiques de l'habitat essentiel.

Les défendeurs

[113] Les défendeurs soutiennent que l'Arrêté de protection procure aux épaulards résidents la protection dont cette espèce a besoin. On n'assurera pas plus de protection si la Cour prend en considération l'Énoncé sur la protection, qui n'a plus de raison d'être, et il n'y a rien que la Cour puisse soumettre à un contrôle en rapport avec l'Arrêté de protection.

La Cour ne devrait pas exercer sa compétence

[114] Because Justice O'Reilly determined that the Protection Statement is moot, the Court must now decide whether the first application made by the applicants is so exceptional that it justifies a departure from the general practice of striking moot cases. It is the applicant's burden to demonstrate that this is the case. See *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, at paragraph 32.

[115] The respondents submit that the adversarial context required by *Borowski*, above, does not exist in this case. There is no longer any live issue with respect to the Protection Statement since it has been replaced by the Protection Order. The fact that the applicants believe that they have an adversarial relationship with the Minister of Fisheries and Oceans is not an adequate reason for the Court to hear a moot case; rather, there must be consequences arising from the moot proceeding that justify hearing the matter. As stated by Justice Rothstein [as he then was] in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 72 C.P.R. (3d) 468 (F.C.T.D.), at paragraph 15:

... the continuing adversarial relationship does not simply mean that the parties are competitors or that they do not like each other or that there is other litigation pending between them. The adversarial relationship that must prevail must have some logical nexus to the proceedings that have become moot.

In this instance, there is no logical nexus between any adversarial relationship that the applicants believe exists and the Protection Statement application, which has been deemed to be moot.

[116] There are no special circumstances in this case to justify the investment of further judicial resources. Because the Protection Order contains a prohibition against the destruction of critical habitat, the Court's decision on the Protection Statement application will have no practical effect on the rights or obligations of the parties. The Protection Order is broad, and

[114] Comme le juge O'Reilly a décidé que l'Énoncé sur la protection est de nature théorique, la Cour se doit maintenant de décider si la première demande que les demandeurs ont déposée est à ce point exceptionnelle qu'elle justifie que l'on s'écarte de la pratique générale qui consiste à radier les affaires de nature théorique. Le demandeur a le fardeau de prouver que c'est bien le cas. Voir l'arrêt *Maystar General Contractors Inc. v. International Union of Painters and Allied Trades, Local 1819*, 2008 ONCA 265, 90 O.R. (3d) 451, au paragraphe 32.

[115] Les défendeurs soutiennent que le contexte contradictoire qu'exige l'arrêt *Borowski*, précité, n'existe pas en l'espèce. Il n'existe plus de litige réel en rapport avec l'Énoncé sur la protection puisque celui-ci a été remplacé par l'Arrêté de protection. Le fait que les demandeurs croient avoir une relation de nature contradictoire avec le ministre des Pêches et des Océans n'est pas une raison suffisante pour que la Cour instruisse une affaire de nature théorique; il faut plutôt que cette dernière aient des conséquences qui font qu'il est justifié de l'instruire. Comme l'a déclaré le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême du Canada] dans la décision *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 347 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 15 :

[...] la relation contradictoire continue ne signifie pas simplement que les parties sont des concurrents, qu'elles ne s'aiment pas ou qu'un autre litige en instance les oppose. La relation contradictoire qui doit exister doit avoir un certain lien logique avec l'instance qui est devenue théorique.

En l'espèce, il n'y a pas de lien logique entre une relation contradictoire dont les demandeurs affirment l'existence et la demande relative à la déclaration de protection, qui a été considérée comme devenue théorique.

[116] Il n'existe en l'espèce aucune circonstance spéciale qui justifie que l'on investisse des ressources judiciaires additionnelles. Étant donné que l'Arrêté de protection contient une interdiction relative à la destruction de l'habitat essentiel, la décision de la Cour au sujet de la demande relative à la déclaration de protection

declarations with regard to the tools outlined in the Protection Statement will not impact the protection provided by the Protection Order.

[117] The circumstances leading to the Protection Statement application are unique and fact-specific. Likewise, each future protection statement made pursuant to SARA will be unique to the species at issue.

[118] Moreover, the Protection Statement application is not one that is recurring in nature and evasive of the Court's review. As the Court in *Borowski*, above, determined at pages 360–361, the mere fact that a case raising the same point may recur is not by itself sufficient reason to hear an appeal that is moot. Rather, it must be demonstrated that the “circumstances suggests that the dispute will have always disappeared before it is ultimately resolved.”

[119] Finally, abstract pronouncements of rights or obligations are not in the public interest since they do not promote judicial economy or orderly and incremental development of the law. There is no public interest in resolving issues with regard to the Protection Statement when it has already been replaced by the Protection Order.

Protection Statement

[120] In their initial materials the respondents did not provide the Court with evidence or argument dealing with the merits of the applicants' position on the unlawful nature of the Protection Statement. Following the hearing, the Court decided that it was impossible to address the respondents' mootness and jurisdiction arguments without a full debate on the merits of the Protection Statement application. The Court directed the respondents to provide written submissions and the applicants to provide any reply in writing. The respondents'

n'aura aucun effet pratique sur les droits ou les obligations des parties. L'Arrêté de protection est de nature générale, et les déclarations faites au sujet des instruments mentionnés dans la déclaration de protection n'auront pas d'effet sur la protection qu'assure l'Arrêté de protection.

[117] Les circonstances qui ont mené à la demande relative à la déclaration de protection sont uniques et découlent de faits particuliers. Dans le même ordre d'idées, chaque déclaration de protection dorénavant établie sous le régime de la LEP ne visera que l'espèce en question.

[118] En outre, la demande relative à la déclaration de protection n'est pas de nature récurrente, et elle ne risque pas non plus d'échapper au contrôle de la Cour. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Borowski*, précité, aux pages 360 et 361, le simple fait qu'une affaire soulevant la même question puisse se présenter de nouveau ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. En fait, il faut qu'« il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu ».

[119] Enfin, les énoncés abstraits de droits ou d'obligations ne sont pas conformes à l'intérêt public car ils ne favorisent pas l'économie judiciaire ou l'évolution ordonnée et progressive du droit. Il n'y a pas d'intérêt public à trancher des questions liées à l'Énoncé sur la protection si ce dernier a déjà été remplacé par l'Arrêté de protection.

L'Énoncé sur la protection

[120] Dans leurs documents initiaux, les défendeurs n'ont pas soumis à la Cour d'éléments de preuve ou d'arguments portant sur le bien-fondé de la position des demandeurs quant à la nature illégale de l'Énoncé sur la protection. À la suite de l'audience, la Cour a décidé qu'il était impossible de traiter des arguments des défendeurs à propos du caractère théorique et de la compétence sans débattre pleinement du bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection. La Cour a donc ordonné aux défendeurs de fournir des observations

submissions on the merits as contained in their supplemental written submissions are set out below.

[121] The respondents say that the instruments relied upon in the Protection Statement provide “legal protection” as that term is intended to be interpreted under SARA.

[122] Under subsection 58(5) of SARA, Parliament has given the Minister the option of issuing a protection order, which prohibits the destruction of critical habitat, or a protection statement, which enumerates other statutory and non-statutory instruments that prohibit such destruction. Parliament’s purpose in so doing was to provide flexibility with respect to the manner in which critical habitat protection is achieved. Although the “provisions in, and measures under” other Acts of Parliament, which are enumerated in a protection statement, may provide protection in a manner different from that of a protection order, this violates no requirement under SARA. The protection is equally effective unless proven otherwise.

[123] The applicants’ argument that such “provisions” and “measures” must be “legal provisions” or “federal laws” that provide protection in the form of a “mandatory, enforceable prohibition against destruction” renders meaningless the flexibility Parliament so clearly intended to provide the Minister under paragraph 58(5)(b). That this intention has meaning is confirmed by the notable absence of such flexibility in other SARA provisions.

[124] The respondents argue that non-statutory instruments can also function as “provisions in, or measures under” other Acts of Parliament within the meaning of subsection 58(5). For example, sections 57 and 58 of SARA include section 11 agreements as an example of instruments that can be used to protect critical habitat. Section 11 agreements, as non-statutory instruments, are not “federal laws”, as the applicants suggest

écrites, et aux demandeurs d’y répondre, le cas échéant, par écrit. Les observations des défendeurs sur le bien-fondé de la position des demandeurs figurent dans leurs observations écrites supplémentaires et sont exposées ci-dessous.

[121] Les défendeurs disent que les textes sur lesquels on se fonde dans la déclaration de protection assurent une « protection juridique », au sens où cette expression est censée être interprétée sous le régime de la LEP.

[122] Suivant le paragraphe 58(5) de la LEP, le législateur donne au ministre le choix de prendre un arrêté de protection, qui frappe d’interdiction la destruction de l’habitat essentiel, ou de publier une déclaration de protection, qui énumère d’autres instruments réglementaires et non réglementaires qui interdisent cette destruction. Le but visé par le législateur était d’offrir une certaine souplesse quant à la façon de protéger l’habitat essentiel. Même si les « dispositions » d’autres lois fédérales ou « mesure[s] prise[s] sous leur régime » qui sont énumérées dans une déclaration de protection peuvent assurer une protection d’une manière différente de celle que peut offrir un arrêté de protection, cela ne viole aucune exigence de la LEP. La protection est tout aussi efficace jusqu’à preuve du contraire.

[123] L’argument des demandeurs selon lequel ces « dispositions » et « mesure[s] » doivent être des « dispositions légales » ou d’une « loi fédérale » qui assurent une protection sous la forme d’une [TRADUCTION] « interdiction de destruction impérative et exécutoire » fait perdre tout son sens à la souplesse que le législateur envisageait si clairement de procurer au ministre dans le cadre de l’alinéa 58(5)b). Le fait que cette intention ait un sens est confirmé par l’absence notable de cette souplesse dans les autres dispositions de la LEP.

[124] Les défendeurs sont d’avis que des instruments non réglementaires peuvent également tenir lieu de « dispositions » d’autres lois fédérales ou « mesure[s] prise[s] sous leur régime », au sens du paragraphe 58(5). Par exemple, les articles 57 et 58 de la LEP renvoient aux accords conclus au titre de l’article 11 en tant qu’exemples de textes qui peuvent être utilisés pour protéger l’habitat essentiel. Ces accords, en tant

all instruments included in a protection statement must be. Their inclusion as examples in sections 57 and 58 evidences Parliament's intention that the "provisions" and "measures" relied upon in a protection statement can take a different form than the protection provided by the prohibition against destruction that would be contained in a protection order. That Parliament includes these non-statutory instruments among the "provisions" and "measures" that may be relied upon indicates a flexible approach.

[125] In addition, section 56 provides that codes of practice, national standards or guidelines may also be used to protect critical habitat. The applicants' assertion that such instruments cannot be relied upon because they do not "legally protect" critical habitat assumes that legal protection is available only through a "mandatory, enforceable prohibition against destruction". However, the above examples taken from SARA indicate, first, that such instruments need not take the form of a "mandatory, enforceable prohibition against destruction"; and, second that lack of enforceability is not relevant to a determination as to whether such instruments legally protect critical habitat.

[126] Moreover, the respondents argue, the possibility that such "provisions" and "measures" may be altered in future does not affect the validity of the Protection Statement. Section 35 of the *Fisheries Act* protects the critical habitat of killer whales. The fact that the Minister has discretion under subsection 35(2) of that statute to authorize activities that destroy critical habitat does not negate the fact that, until such authorization occurs, section 35 provides protection and that this protection can be relied upon in a protection statement. There is no evidence that such authorization has occurred. Similar logic applies to the protection set out in section 36 of the *Fisheries Act*.

qu'instruments non réglementaires, ne sont pas des « loi[s] fédérale[s] », comme doivent l'être, ainsi que le donnent à penser les demandeurs, tous les instruments inclus dans une déclaration de protection. Leur inclusion à titre d'exemple aux articles 57 et 58 témoignent de l'intention du législateur selon laquelle les « dispositions » et « mesure[s] » sur lesquelles on se fonde dans une déclaration de protection peuvent revêtir une forme différente de celle de la protection qu'offre l'interdiction de destruction qui figurerait dans un arrêté de protection. Le fait que le législateur inclue ces instruments non réglementaires dans la liste des « dispositions » et « mesure[s] » sur lesquelles il est possible de se fonder est le signe d'une approche souple.

[125] De plus, l'article 56 prévoit que l'on peut aussi se servir de codes de pratique, de normes ou directives nationales pour protéger l'habitat essentiel. L'affirmation des demandeurs selon laquelle on ne peut se fonder sur de tels instruments parce qu'ils ne « protègent pas légalement » l'habitat essentiel suppose que la protection légale n'est disponible qu'au moyen d'une [TRADUCTION] « interdiction de destruction impérative et exécutoire ». Cependant, les exemples qui précèdent, tirés de la LEP, donnent à penser, en premier lieu, qu'il n'est pas nécessaire que de tels instruments revêtent la forme d'une [TRADUCTION] « interdiction de destruction impérative et exécutoire » et, en second lieu, que l'absence de caractère exécutoire n'est pas pertinente quant à savoir si de tels instruments protègent légalement l'habitat essentiel.

[126] Par ailleurs, soutiennent les défendeurs, la possibilité que ces « dispositions » et « mesure[s] » puissent être modifiées ultérieurement n'a pas d'incidence sur la validité de l'Énoncé sur la protection. L'article 35 de la *Loi sur les pêches* protège l'habitat essentiel des épaulards. Le fait que le ministre, en vertu du paragraphe 35(2) de cette loi, ait le pouvoir discrétionnaire d'autoriser des activités qui détruisent l'habitat essentiel n'exclut pas le fait que, tant qu'une telle autorisation n'a pas été donnée, l'article 35 assure une protection et que l'on peut se fonder sur cette dernière dans une déclaration de protection. Rien ne prouve qu'une telle autorisation a été donnée. Une logique

[127] The *Fisheries Act* and regulations respecting fisheries activity protect killer whale prey and geophysical habitat. The issuance of licences and the opening and closing of fisheries are “measures under” an Act of Parliament. A protection statement relying upon these measures would fail to satisfy the requirements of paragraph 58(5)(b) only if the Minister exercised his or her discretion not to limit fishing, resulting in the destruction of available killer whale prey. There is no evidence that the Minister’s discretion has been exercised in such a way.

[128] Finally, the respondents argue that the question of whether the instruments relied upon in a protection statement provide the protection required under section 58 of SARA is one of mixed fact and law and therefore attracts a reasonableness standard.

Protection Order Application is Misguided

[129] The respondents say that it is unclear in the Protection Order application what exactly the applicants seek to have judicially reviewed. Because the majority of the applicants’ arguments concern the Protection Statement application, it appears that the second Protection Order application is simply an attempt to keep moot issues before the Court.

[130] While the applicants appear to be seeking judicial review of the Protection Order, they do not seek to quash it or set it aside. Instead, the applicants are seeking declarations to prevent the Protection Order from being applied in a particular manner. Such declarations are inappropriate and beyond the jurisdiction of the Court.

semblable s’applique à la protection décrite à l’article 36 de la *Loi sur les pêches*.

[127] La *Loi sur les pêches* et les règlements régissant les activités de pêche protègent les proies et l’habitat géophysique des épaulards. L’octroi de permis et l’ouverture et la clôture des activités de pêche sont des « mesure[s] prise[s] » sous le régime d’une loi fédérale. Une déclaration de protection fondée sur ces mesures ne satisferait pas aux exigences de l’alinéa 58(5)b) que si le ministre exerçait son pouvoir discrétionnaire de ne pas limiter la pêche, ce qui mènerait à la destruction des proies disponibles des épaulards. Rien ne prouve que le pouvoir discrétionnaire du ministre a été exercé d’une telle façon.

[128] Enfin, les défendeurs soutiennent que la question de savoir si les instruments sur lesquels on se fonde dans une déclaration de protection assurent la protection que requiert l’article 58 de la LEP est une question mixte de faits et de droit et qu’elle est donc soumise à la raisonnablement comme norme de contrôle.

La demande relative à l’arrêté de protection est mal fondée

[129] Les défendeurs disent que la demande relative à l’arrêté de protection n’est pas claire quant à ce que les demandeurs cherchent exactement à soumettre à un contrôle judiciaire. Comme la majorité des arguments de ces derniers concernent la demande relative à la déclaration de protection, il semble que la seconde demande, celle qui concerne l’arrêté de protection, soit simplement une tentative pour que la Cour demeure saisie de questions de nature théorique.

[130] Les demandeurs semblent vouloir soumettre l’Arrêté de protection à un contrôle judiciaire, mais ils ne demandent pas à le faire annuler ou infirmer. En fait, ils sollicitent un jugement déclaratoire visant à éviter qu’on applique l’arrêté de protection d’une manière particulière. Un tel jugement déclaratoire est inapproprié et dépasse la compétence de la Cour.

[131] The Protection Order is a regulation within the meaning of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22. Subsection 2(1) of that Act states [in the definition of “regulation”] that all orders “made in the exercise of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament” are regulations. Accordingly, the Protection Order made under subsections 58(4) and (5) of the Act is a regulation.

[132] The content of regulations is legislative in nature when it embodies a rule of conduct, has the force of law and affects an undetermined number of persons, or where the regulation is a component of a series of instruments which do so. See *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 579 (*Sinclair*), at page 587.

[133] In this case, the Protection Order completes the statutory scheme by creating a prohibition against the destruction of any part of the critical habitat, pursuant to subsection 58(1) of SARA. Because the content of this regulation is intimately connected to the legislation, it is legislative in nature. See, for example, *Sinclair*, above, at pages 587–589.

[134] Because the Protection Order is a regulation and its content is legislative in nature, the Court is limited to considering whether it was within the authority of the ministers to make the order and whether it offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter): see *Dixon v. Canada (Governor in Council)*, [1997] 3 F.C. 169 (C.A.), at paragraph 17.

[135] The applicants do not allege that the Protection Order was *ultra vires* or that it offends the Charter. Rather, they seek declarations that the ministers are acting unlawfully in limiting the application and the scope of the Protection Order. However, the Court cannot review the content of the Protection Order beyond the issues of *vires* and Charter compliance without infringing on parliamentary sovereignty; jurisprudence has held that review of the content of validly enacted legislation is undertaken only by the electorate. See

[131] L’Arrêté de protection est un règlement au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22. Le paragraphe 2(1) de cette loi [dans la définition du terme « règlement »] précise que tous les arrêtés « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif conféré sous le régime d’une loi fédérale » sont des règlements. L’Arrêté de protection pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5) de la Loi est donc un règlement.

[132] La teneur d’un règlement est de nature législative lorsque son texte comprend une règle de conduite, a force de loi et s’applique à un nombre indéterminé de personnes, lorsque le règlement fait partie d’une série de textes qui le font. Voir *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579 (*Sinclair*), à la page 587.

[133] En l’espèce, l’Arrêté de protection complète le régime légal en créant une interdiction de détruire n’importe quel élément de l’habitat essentiel, aux termes du paragraphe 58(1) de la LEP. Comme la teneur de ce règlement est intimement liée à la législation, il est de nature législative. Voir, par exemple, l’arrêt *Sinclair*, précité, aux pages 587 à 589.

[134] Comme l’Arrêté de protection est un règlement et que sa teneur est de nature législative, la Cour doit se borner à vérifier si les ministres étaient habilités à le prendre et s’il va à l’encontre 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) : voir *Dixon c. Canada (Gouverneur en conseil)*, [1997] 3 C.F. 169 (C.A.), au paragraphe 17.

[135] Les demandeurs n’allèguent pas que l’Arrêté de protection excède le pouvoir des ministres ou qu’il va à l’encontre de la Charte. Ils sollicitent plutôt un jugement déclaratoire portant que les ministres agissent de manière illégale en limitant l’application et la portée de l’Arrêté de protection. Cependant, la Cour ne peut contrôler la teneur de cet arrêté au-delà des questions d’habilitation et de conformité à la Charte sans empiéter sur la souveraineté du Parlement; selon la jurisprudence, seuls les électeurs peuvent débattre de la teneur de dispositions

Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan, [1977] 2 S.C.R. 576.

[136] Subsection 58(5) of the Act provides that an order can be made “with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2)”. In this instance, as noted by the applicants, “portion” refers to a geographical portion. Consequently, a protection order is required to specify the geographic area to which it applies. Because none of the critical habitat in the case at hand is referred to in subsection 58(2), the Protection Order specifies the entire area of the critical habitat.

[137] The Protection Order does not define critical habitat; rather, it specifies the portion of the critical habitat to which the subsection 58(1) prohibition applies. The Act provides that critical habitat must be identified in a recovery strategy or an action plan. This is made clear in the definition of “critical habitat” [in subsection 2(1)] which is habitat “that is identified as the species’ critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species.” Issuing an order under subsections 58(4) and (5) does not change the critical habitat identified in these documents.

Future Intentions

[138] Unable to challenge the Protection Order, the applicants have instead attempted to challenge what they believe to be the intentions of the respondents with regard to the subsection 58(1) prohibition. This is reflected in the applicants’ arguments, which focus heavily on subsection 58(1), despite the fact that the Protection Order was issued under subsections 58(4) and (5).

[139] The respondents submit that the Protection Order neither contains the prohibition against destruction nor identifies critical habitat. Instead, the Protection Order specifies the portion of the critical habitat to which the prohibition against destruction applies, that is, the physical part. It is subsection 58(1) that contains

légalles validement adoptées. Voir *Amax Potash Ltd. et al. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.

[136] Aux termes du paragraphe 58(5) de la Loi, un arrêté peut être pris « à l’égard de l’habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) ». Dans le cas présent, comme l’ont signalé les demandeurs, le mot « partie » désigne une portion géographique. Un arrêté de protection doit donc préciser la zone géographique à laquelle il s’applique. Comme l’habitat essentiel dont il est question en l’espèce n’est aucunement mentionné au paragraphe 58(2), l’Arrêté de protection englobe précisément la zone tout entière que couvre l’habitat essentiel.

[137] L’Arrêté de protection ne définit pas l’habitat essentiel; il précise plutôt la partie de cet habitat auquel s’applique l’interdiction prononcée en vertu du paragraphe 58(1). La Loi dispose que l’habitat essentiel doit être désigné dans un programme de rétablissement ou un plan d’action. Cela est clairement dit dans la définition [au paragraphe 2(1)] de l’« habitat essentiel », qui est un habitat « désigné comme tel dans un programme de rétablissement ou un plan d’action élaboré à l’égard de l’espèce ». Le fait de prendre un arrêté en vertu des paragraphes 58(4) et (5) ne change pas l’habitat essentiel qui est désigné dans ces documents.

Les intentions futures

[138] Incapables de contester l’Arrêté de protection, les demandeurs ont plutôt tenté de contester ce qu’ils croient être les intentions des défendeurs quant à l’interdiction prononcée en vertu du paragraphe 58(1). Cela se reflète dans leurs arguments, qui sont fortement axés sur le paragraphe 58(1), et ce, même si l’Arrêté de protection a été pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5).

[139] Les défendeurs soutiennent que l’Arrêté de protection ne contient pas l’interdiction de destruction, pas plus qu’il ne désigne l’habitat essentiel. Il précise plutôt la partie de l’habitat essentiel à laquelle s’applique l’interdiction de destruction, c’est-à-dire la partie physique. C’est le paragraphe 58(1) qui contient

the prohibition, and not the Protection Order itself. Similarly, it is the Recovery Strategy that identifies the critical habitat, and not the Protection Order.

[140] The applicants argue that the ministers unlawfully excluded the ecosystem features of the critical habitat from the scope of the Protection Order; however, this is not possible. What is prohibited is determined on the basis of the interaction of subsection 58(1) with the critical habitat as identified in the Recovery Strategy, and not by the Protection Order. In this case, it is the application of the prohibition with which the applicants take issue. However, their arguments are based on speculation and vague evidence that the respondents will apply the Protection Order in a way that the applicants believe is unlawful. While the applicants attempt to rely on the conduct of the DFO officials before the Protection Order was issued, this conduct is irrelevant. Meanwhile, the applicants' arguments with regard to the RIAS fail to examine and appreciate the document as a whole.

[141] At the time the Protection Order was issued and the RIAS was published, the nature of critical habitat was being considered in *Environmental Defence*, above. *Environmental Defence* made it clear that the prohibition in subsection 58(1) of the Act applies to the attributes of critical habitat identified in the Recovery Strategy. It is unreasonable for the applicants to assume, now that *Environmental Defence* has been issued, that the respondents intend to simply ignore the Court's decision on this issue.

Lack of jurisdiction

[142] Without being requested to review the decision to issue the Protection Order, the Court does not have jurisdiction to grant the declaratory relief that the applicants seek in the Protection Order application. The Federal Court is a creature of statute and must find a statutory grant of jurisdiction. See *ITO—International*

l'interdiction, et non l'Arrêté de protection même. Dans le même ordre d'idées, c'est le Programme de rétablissement qui désigne l'habitat essentiel, et non l'Arrêté de protection.

[140] Les demandeurs font valoir que les ministres ont exclu de manière illégale les caractéristiques écosystémiques de l'habitat essentiel de la portée de l'Arrêté de protection; cependant, cela est impossible. Ce qui est interdit est déterminé en fonction de l'interaction entre le paragraphe 58(1) et l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement, et non pas par l'Arrêté de protection. En l'espèce, c'est l'application de l'interdiction que les demandeurs contestent. Cependant, leurs arguments sont fondés sur des conjectures et de vagues éléments de preuve selon lesquels les défendeurs appliqueront l'Arrêté de protection d'une manière qui, croient les demandeurs, est illégale. Les demandeurs tentent de se fonder sur la conduite qu'ont eue des fonctionnaires du MPO avant que l'Arrêté de protection soit pris, mais cette conduite n'est pas pertinente. Par ailleurs, leurs arguments au sujet du REIR n'examine et n'évalue pas le document dans son ensemble.

[141] À l'époque où l'Arrêté de protection a été pris et où le REIR a été publié, la nature de l'habitat essentiel était examinée dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée, où il est clairement dit que l'interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) de la Loi s'applique aux caractéristiques de l'habitat essentiel qui sont désignées dans le Programme de rétablissement. Il est déraisonnable pour les demandeurs de supposer, maintenant que la décision *Environmental Defence* a été rendue, que les défendeurs ont l'intention de faire tout simplement abstraction de la décision de la Cour sur cette question.

L'absence de compétence

[142] S'il ne lui est pas demandé de contrôler la décision de prendre l'Arrêté de protection, la Cour n'a pas compétence pour accorder le jugement déclaratoire que les demandeurs sollicitent dans la demande relative à l'Arrêté de protection. La Cour fédérale est un organisme créé par le législateur et sa compétence doit être

Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766. The Federal Court has the power to declare a “decision, order, act or proceeding” to be unlawful: see subsection 18.1(3) [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)]. However, the applicants do not seek to have the Protection Order declared unlawful nor have they identified any other decision, act or proceeding which they seek to have declared unlawful.

[143] Moreover, although the applicants have challenged the ministers’ decision to apply the allegedly unlawful policy to limit the application of the Protection Order, the applicants have identified no occasion on which the Protection Order has been so applied.

[144] In the absence of a challenge to a decision, order, act or proceeding, the Court lacks jurisdiction to issue the declarations requested.

Improper submissions

[145] The respondents submit that the affidavit of Dr. Scott Wallace includes “outdated evidence, opinion and argument and portions of it are clearly improper and should be given no weight”. What is more, the applicants have attempted to submit a number of documents as secondary material. However, this should have been put into evidence through an affidavit, since not doing so has prevented the respondents from filing evidence in response. Consequently, these documents should be disregarded.

Applicants’ Reply

[146] Following the respondents’ written submissions on the merits of the applicants’ allegations, the unlawfulness of the Protection Statement, the applicants provided

attribuée par une loi. Voir *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766. La Cour fédérale a le pouvoir de déclarer illégal « toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte » : voir le paragraphe 18.1(3) [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)]. Cependant, les demandeurs ne cherchent pas à obtenir que l’Arrêté de protection soit déclaré illégal, pas plus qu’ils n’ont fait état d’une autre décision, d’une autre procédure ou d’un autre acte qu’ils souhaitent voir déclarer illégal.

[143] De plus, bien que les demandeurs aient contesté la décision des ministres d’appliquer la politique censément illégale en vue de limiter l’application de l’Arrêté de protection, ils n’ont fait état d’aucune occasion à laquelle cet arrêté a été appliqué de la sorte.

[144] À défaut d’une contestation visant une décision, une ordonnance, un acte ou une procédure, la Cour n’a pas compétence pour rendre le jugement déclaratoire demandé.

Des observations irrégulières

[145] Les défendeurs soutiennent que l’affidavit de M. Scott Wallace comporte [TRADUCTION] « des éléments de preuve, des opinions et des arguments désuets, et certains de ses passages sont manifestement inappropriés et il ne faudrait leur accorder aucun poids ». Qui plus est, les demandeurs ont tenté de soumettre un certain nombre de documents à titre de documentation secondaire. Cependant, il aurait fallu les mettre en preuve au moyen d’un affidavit, car ne pas l’avoir fait a empêché les défendeurs de produire des éléments de preuve en réponse. Il convient donc de faire abstraction de ces documents.

La réponse des demandeurs

[146] À la suite des observations écrites des défendeurs sur le bien-fondé des allégations des demandeurs, à savoir le caractère illégal de l’Énoncé sur la protection,

the Court with a written reply. The applicants' submissions in this regard are set out below.

[147] The applicants argue that the modern approach to statutory interpretation supports their interpretation of paragraph 58(5)(b) of SARA. The words of that section, read in their ordinary meaning and in a manner that is harmonious with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, indicate the criteria that a provision of a protection statement must meet. First, it must be a legal provision. Second, excepting section 11 agreements, it must be a federal law. Third, it must be in force when the protection statement is issued. Fourth, the protection offered by the provision must be a substitute for the prohibition against destruction set out in subsection 58(1); in other words, it must be mandatory and enforceable. Fifth, the provisions together must protect all components of critical habitat. As the respondents have conceded the second, third and fifth criteria, the applicants' submissions address the first and fourth criteria.

[148] The provisions in a protection statement must be "legal provisions". The term "legal provision" is used by the applicants to mean any provision that sets a standard for conduct that can be understood by the public and that must be followed, enforced and interpreted by a court in the case of conflict. Since the purpose of a protection statement is to set out how other provisions act in lieu of the legal protection provided by section 58, it follows that such provisions must also be "legal provisions".

[149] In addition, section 58 expressly requires a protection statement to set out how the listed provisions "legally" protect critical habitat. The respondents point out that paragraph 58(5)(a) includes section 11 conservation agreements as among the provisions that may be cited in a protection statement. The applicants submit that this inclusion is consistent with their argument

les demandeurs ont fourni à la Cour une réponse écrite, et leurs observations à cet égard sont exposées ci-dessous.

[147] Les demandeurs soutiennent que l'approche moderne adoptée en matière d'interprétation des lois étaye la manière dont ils interprètent l'alinéa 58(5)b de la LEP. Le libellé de cette disposition, lu suivant son sens ordinaire et d'une manière qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la Loi et de l'intention du législateur, établit les critères auxquels doit satisfaire une disposition sur laquelle une déclaration de protection s'appuie. Premièrement, il doit s'agir d'une disposition légale. Deuxièmement, exception faite des accords conclus au titre de l'article 11, il doit s'agir d'une disposition légale fédérale. Troisièmement, elle doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est émise. Quatrièmement, la protection qu'offre la disposition doit être un substitut à l'interdiction de destruction prescrite au paragraphe 58(1); autrement dit, elle doit être impérative et exécutoire. Cinquièmement, les dispositions, considérées ensemble, doivent protéger la totalité des éléments de l'habitat essentiel. Comme les défendeurs ont concédé les deuxième, troisième et cinquième critères, les observations des demandeurs portent sur le premier et le quatrième.

[148] Les dispositions sur lesquelles s'appuie une déclaration de protection doivent être « légales ». Les demandeurs utilisent cette expression pour désigner n'importe quelle disposition qui fixe une norme de conduite que le public peut comprendre et qui doit être suivie, exécutée et interprétée par un tribunal en cas de litige. Comme une déclaration de protection a pour objet d'énoncer quelles autres dispositions s'appliquent à la place de la protection légale qu'assure l'article 58, il s'ensuit que ces dispositions doivent être elles aussi des « dispositions légales ».

[149] Par ailleurs, l'article 58 exige expressément qu'une déclaration de protection dise de quelle façon les dispositions énumérées protègent « légalement » l'habitat essentiel. Les défendeurs font remarquer que l'alinéa 58(5)a inclut les accords de conservation conclus au titre de l'article 11 parmi les dispositions que l'on peut citer dans une déclaration de protection. Les

because conservation agreements are legal “measures” under an Act of Parliament.

[150] The legal protection relied on in a protection statement must act as a substitute for the protection in subsection 58(1); in other words, it must provide nothing less than a mandatory, enforceable prohibition against the destruction of critical habitat. Contrary to the respondents’ arguments, discretionary provisions of statutes of general application are insufficient to meet the requirement under section 58.

[151] Section 58 provides two different means for achieving the same end, which is the securing of meaningful and enforceable legal protection for critical habitat. Contrary to the respondents’ argument, Parliament did not intend flexibility with respect to the standard or rigor of that protection. The respondents posit that there are two different levels of protection, which leaves open the possibility that the Minister could choose to allow critical habitat to be destroyed. This interpretation was clearly rejected by Parliament and is contrary to the purpose of SARA and its legislative history. Where Parliament intends less than mandatory protection, as in section 63 of SARA, its intention is express. No such intention is evident in the case of section 58.

[152] The respondents argue that sections 35 and 36 of the *Fisheries Act* protect critical habitat and that the *Fisheries Act* and its regulations governing fishing activity protect killer whale prey availability and geophysical habitat components. However, only section 35 of the *Fisheries Act* and subsection 22(1) [as am. by SOR/93-333, s. 4] of the *Fishery (General) Regulations* [SOR/93-53] are listed in the Protection Statement. Otherwise, the Protection Statement refers only generally to provisions of the *Fisheries Act* and the regulations. The applicants argue that such vague and non-specific references fail to discharge the respondents’

demandeurs font valoir que cette inclusion concorde avec leurs arguments car les accords de conservation constituent des « mesure[s] » légales sous le régime d’une loi fédérale.

[150] La protection légale sur laquelle on se fonde dans une déclaration de protection doit agir comme substitut à la protection dont il est question au paragraphe 58(1); autrement dit, elle ne doit assurer rien de moins qu’une interdiction impérative et exécutoire en rapport avec la destruction de l’habitat essentiel. Contrairement aux arguments des défendeurs, les dispositions de lois d’application facultative et générale ne sont pas suffisantes pour satisfaire à l’exigence que prévoyait l’article 58.

[151] L’article 58 offre deux moyens différents d’atteindre le même résultat, soit l’obtention d’une protection légale exécutoire et sérieuse pour l’habitat essentiel. Contrairement aux arguments des défendeurs, le législateur n’a pas prévu de souplesse en rapport avec la norme ou la rigueur de cette protection. Les défendeurs affirment qu’il existe deux niveaux de protection différents, ce qui permet de penser que le ministre pourrait décider d’autoriser la destruction de l’habitat essentiel. Il s’agit là d’une interprétation qui a été manifestement rejetée par le législateur et qui est contraire à l’objet de la LEP et de son historique législatif. Quand le législateur entend offrir une protection qui n’est pas impérative, comme c’est le cas à l’article 63 de la LEP, il le dit expressément. Aucune intention de ce genre n’est évidente dans le cas de l’article 58.

[152] Les défendeurs font valoir que les articles 35 et 36 de la *Loi sur les pêches* protègent l’habitat essentiel et que cette loi et ses règlements régissant les activités de pêche protègent la disponibilité des proies des épaulards ainsi que les éléments de leur habitat géophysique. Cependant, seul l’article 35 de la *Loi sur les pêches* et le paragraphe 22(1) [mod. par DORS/93-333, art. 4] du *Règlement de pêche (dispositions générales)* [DORS/93-53] sont énumérés dans l’Énoncé sur la protection. Sinon, cette dernière ne fait référence que de manière générale aux dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements. Les

duty under paragraph 58(5)(b) to “set out how” the provisions therein legally protect both critical habitat and the availability of prey for killer whales. Further, the protection available under section 35—a provision which grants to the Minister a broad discretion to destroy critical habitat—could never be considered an equally effective alternative to the protection available under a subsection 58(1) protection order. In short, the Minister cannot rely on her absolute discretion to manage the fishery to discharge her duty to protect a component of critical habitat.

[153] Finally, the applicants argue that they are asking this Court to interpret the statutory requirements of a protection statement under paragraph 58(5)(b) and to find that the respondents lack the jurisdiction to rely on policy and discretion in providing “legal protection” for critical habitat. This raises a question of law. The applicants submit that the appropriate standard of review is correctness.

ANALYSIS

General Introduction

[154] I have before me two consolidated applications for judicial review both of which are concerned with the obligations of the respondents under section 58 of SARA to provide legal protection for the critical habitat of the resident killer whales.

[155] The applications are the result of a continuum of dealings between the applicants and the respondents about the proper legal interpretation of SARA and whether the respondents have correctly interpreted and carried out their legal obligations to protect the resident killer whales in accordance with SARA. Hence, the applications make up a single narrative that has led to the present appearance before the Court and they

demandeurs font valoir que ces références vagues et imprécises ne permettent pas aux défendeurs de s’acquitter de l’obligation que leur impose l’alinéa 58(5)b), soit d’« énon[cer] comment » les dispositions qui y figurent protègent légalement à la fois l’habitat essentiel et la disponibilité de proies pour les épaulards. En outre, la protection disponible en vertu de l’article 35 — qui accorde au ministre le vaste pouvoir discrétionnaire de détruire l’habitat essentiel — ne peut en aucun cas être considérée comme une solution de rechange tout aussi efficace à la protection qu’assure un arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(1). En bref, le ministre ne peut se fonder sur le pouvoir discrétionnaire absolu dont il dispose pour gérer la pêche pour s’acquitter de son obligation de protéger un élément de l’habitat essentiel.

[153] Enfin, les demandeurs soutiennent qu’ils demandent à la Cour d’interpréter les exigences légales d’une déclaration de protection émise en vertu de l’alinéa 58(5)b) et de conclure que les défendeurs n’ont pas compétence pour se fonder sur des politiques et leurs pouvoirs discrétionnaires pour « protéger légalement » l’habitat essentiel. Cela soulève une question de droit. Les demandeurs soutiennent que la norme de contrôle appropriée est la décision correcte.

ANALYSE

Introduction générale

[154] Je suis saisi de deux demandes de contrôle judiciaire qui ont été jointes, qui portent toutes deux sur les obligations qu’ont les défendeurs, en vertu de l’article 58 de la LEP, de protéger légalement l’habitat essentiel des épaulards résidents.

[155] Les demandes sont l’aboutissement d’une suite d’échanges entre les demandeurs et les défendeurs à propos de la juste interprétation de la LEP et de savoir si les défendeurs ont interprété et exécuté correctement leurs obligations légales de protéger les épaulards résidents d’une manière conforme à la LEP. Les demandes sont donc constituées d’un exposé unique de ce qui a mené à la présente comparution devant la Cour, et elles

overlap significantly as regards both facts and law. Justice O'Reilly consolidated the applications for this very reason.

[156] The respondents initially took a similar approach to both applications. Until directed by the Court, they resisted on mootness and jurisdictional grounds rather than challenge the facts or confront the merits directly. As the proceedings unfolded before me, however, it became apparent that the respondents do not take issue with many of the points made by the applicants on the merits. They say, however, that the Court should not exercise its discretion to hear the Protection Statement application because it has been adjudged moot and there are no grounds to consider a moot application in this case.

[157] As regards the Protection Order application, the respondents resist on the grounds that the application is unclear, that the review of the Protection Order is beyond the jurisdiction of the Court, that the Court is being asked to review future intentions, and various other related grounds.

[158] What is strange about the respondents' resistance to the Protection Order application is that, when questioned by the Court on the merits at the hearing, the respondents conceded important arguments made by the applicants. This was not their intention when the Order issued but it has come about as a result of the clarification of the law concerning the meaning and scope of "critical habitat" provided by Justice Campbell in *Environmental Defence*.

[159] The respondents agree that the Order should now be read as the applicants assert it should be read, that is to cover the protection of critical habitat as the applicants say critical habitat should be defined for the resident killer whales.

[160] In addition, following supplemental written submission on the Protection Statement application, it is

se recoupent nettement sur le double plan des faits et du droit. C'est pour cette raison même que le juge O'Reilly a joint les demandeurs.

[156] Les défendeurs ont tout d'abord suivi une approche semblable à l'égard des deux demandes. Jusqu'à ce que la Cour le leur prescrive, ils ont fondé leur opposition sur des motifs de caractère théorique et de compétence, plutôt que de contester les faits ou de s'attaquer au bien-fondé directement. Cependant, à mesure que l'instance s'est déroulée devant moi, il est devenu évident que les défendeurs ne contestent pas un grand nombre des points qu'invoquent les demandeurs en matière de bien-fondé. Ils disent cependant que la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire la demande relative à la déclaration de protection parce qu'il a été jugé qu'elle était théorique et que, en l'espèce, il n'y a pas de motifs pour examiner une demande de cette nature.

[157] En ce qui concerne la demande relative à l'arrêté de protection, les défendeurs disent qu'elle n'est pas claire, que le contrôle de l'Arrêté de protection excède la compétence de la Cour, qu'il est demandé à cette dernière de contrôler les intentions futures, et autres motifs connexes.

[158] Ce qui est curieux au sujet de la contestation des défendeurs à l'égard de la demande relative à l'arrêté de protection est que, quand la Cour les a interrogés sur le bien-fondé à l'audience, ils ont concédé d'importants arguments qu'invoquaient les demandeurs. Ce n'était pas leur intention quand l'Arrêté a été émis, mais cela découle de la clarification du droit concernant le sens et la portée de l'« habitat essentiel » qu'a faite le juge Campbell dans la décision *Environmental Defence*.

[159] Les défendeurs conviennent qu'il faudrait maintenant interpréter l'Arrêté comme les demandeurs soutiennent qu'il le faudrait, c'est-à-dire que cet arrêté assure la protection de l'habitat essentiel de la façon dont les demandeurs disent que cet habitat devrait être défini pour les épaulards résidents.

[160] En outre, à la suite d'observations écrites supplémentaires sur la demande relative à la déclaration

apparent that much of what the applicants say about the content of protection statements is acceptable to the respondents, apart from certain fundamental points of disagreement that I will come to later.

[161] Given the level of agreement on the merits of the Protection Order application, the Court cannot help but wonder why it has been resisted on technical grounds and why the respondents do not think the Court should deal with it. Had the respondents clarified their agreement on the definition of critical habitat and corrected the relevant public documentation where a different interpretation is evident, or at least possible, the Protection Order application need never have come before the Court. The fact that it has will have an impact upon the way I deal with the exercise of the Court's discretion to hear the Protection Statement application.

[162] As regards the outstanding points of difference concerning the Protection Statement, it is evident to me that the significance of the disagreement between the parties means that fundamental points of legal interpretation are very much a live issue between the parties. These points, as well as being specific to the facts of these applications, are of importance generally for the interpretation and application of SARA.

Protection Order Application

[163] It is my view that the applicants' statement of the law and their conclusions regarding the Protection Order and its application to all components of critical habitat are correct. Also, notwithstanding subsequent changes of position by DFO since the Protection Order originally issued in February 2009, the ministers did act unlawfully in limiting the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA. The respondents now appear not to take issue with the applicants' position regarding the scope of "critical habitat", and they say that they recognize the implications of Justice

de protection, il est évident qu'une bonne partie de ce que disent les demandeurs sur la teneur des déclarations de protection est acceptable aux yeux des défendeurs, à part certains points de désaccords fondamentaux que j'analyserai plus loin.

[161] Vu le degré d'entente sur le bien-fondé de la demande relative à l'arrêté de protection, la Cour ne peut s'empêcher de se demander pourquoi elle a été contestée pour des motifs techniques et pourquoi les défendeurs ne pensent pas que la Cour devrait en traiter. Si ces derniers avaient clarifié leur accord au sujet de la définition de l'habitat essentiel et rectifié les documents publics pertinents qui renferment une interprétation manifestement différente, ou du moins possible, jamais il n'aurait été nécessaire de soumettre à la Cour la demande relative à l'arrêté de protection. Le fait qu'elle l'a été aura une incidence sur la façon dont je traiterai de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'instruire la demande relative à la déclaration de protection.

[162] En ce qui concerne les points de divergence non réglés à propos de l'Énoncé sur la protection, il m'apparaît évident que l'importance du désaccord entre les parties signifie qu'il y a des points fondamentaux d'interprétation de la Loi qui constituent un litige bien réel entre les parties. Ces points, en plus de toucher précisément les faits dont il est question dans ces demandes, sont généralement importants pour l'interprétation et l'application de la LEP.

La demande relative à l'arrêté de protection

[163] Je suis d'avis que l'énoncé que font les demandeurs du droit et leurs conclusions concernant l'Arrêté de protection et son application à tous les éléments de l'habitat essentiel sont exacts. De plus, malgré les changements de position du MPO depuis la prise initiale de l'Arrêté de protection en février 2009, les ministres ont bel et bien agi de manière illégale en limitant la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP. Les défendeurs semblent maintenant ne pas contester la position des demandeurs quant à la portée de l'« habitat essentiel », et ils disent

Campbell's decision in *Environmental Defence* for this issue. Notwithstanding the respondents' evolving change of position on the scope of "critical habitat", it still seems to me that the Protection Order was and is incorrect and unlawful because, in limiting its application to geophysical areas, the respondents failed to respond to a duty assigned to them by statute, in this case, SARA. See *Inuit Tapirisat*, above, at page 752.

[164] The applicants' interpretation of the ministers' duty under SARA to protect all components of critical habitat for the resident killer whales is fully supported by the plain language of section 58 read in the full context of SARA, the bilingual version of the section and the decision of the Court in *Environmental Defence*. The relevant authorities are set out fully in the applicants' submissions. There is no need to repeat them here because the respondents do not take issue with the applicants' arguments on this issue.

[165] Instead, the respondents argue that the Court should, nevertheless, refuse to grant the declaratory relief requested by the applicants for a variety of reasons that I will examine in turn.

Respondents' Grounds

[166] I will deal briefly with each of the respondents' grounds for resisting the Protection Order application.

Application is misguided

[167] The respondents say that the Protection Order application is misguided because it is unclear what the applicants are attempting to have reviewed and, in any event, the applicants are seeking declarations aimed at preventing the Protection Order from being applied in a particular manner in the future. Such declarations, say the respondents, are beyond the jurisdiction of this Court.

reconnaître ce que la décision que le juge Campbell a rendue dans l'affaire *Environmental Defence* implique pour la présente affaire. Indépendamment du changement de position des défendeurs au sujet de la portée de l'« habitat essentiel », il me semble quand même que l'Arrêté de protection était — et est — inexact et illégal parce que, en limitant son application à des zones géophysiques, les défendeurs ont omis de répondre à une obligation que leur impose la loi, la LEP en l'occurrence. Voir l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, à la page 752.

[164] La manière dont les demandeurs interprètent l'obligation qu'impose la LEP aux ministres à l'égard de la protection de tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents est pleinement étayée par le libellé clair de l'article 58 lu dans le contexte entier de la LEP, par la version bilingue de cette disposition ainsi que par la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Environmental Defence*. La jurisprudence pertinente est entièrement exposée dans les observations des demandeurs. Il n'est pas nécessaire de la réitérer ici car les défendeurs ne contestent pas les arguments des demandeurs sur la question.

[165] Les défendeurs soutiennent plutôt que la Cour devrait néanmoins refuser d'accorder le jugement déclaratoire que sollicitent les demandeurs, et ce, pour diverses raisons que j'examinerai successivement.

Les motifs des défendeurs

[166] Je traiterai brièvement de chacun des motifs pour lesquels les défendeurs s'opposent à la demande relative à l'arrêté de protection.

La demande est mal fondée

[167] Les défendeurs disent que la demande relative à l'arrêté de protection est mal fondée parce que ce que les demandeurs tentent de faire contrôler n'est pas clair et que, en tout état de cause, ils sollicitent un jugement déclaratoire qui vise à éviter que l'on applique l'Arrêté de protection d'une manière particulière à l'avenir. Un tel jugement déclaratoire, disent les défendeurs, excède la compétence de la Cour.

[168] This issue has already been identified and dealt with by Prothonotary Lafrenière. In May 2009 the applicants requested that the respondents produce the record for the Protection Order, required under rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. The respondents posited that there was no decision at issue, and so they were not obliged to produce a record. Prothonotary Lafrenière agreed with the applicants that there was a decision and ordered the respondents to produce the record. The respondents did so in November 2009. Because the Court may order production of a record under rule 317 only if there is a “decision or order” that is the subject of a judicial review application, it is clear that the Court has already decided that there is a decision for review, and it is the Protection Order. See *Gaudes v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 351, at paragraphs 6, 15–19. The respondents have not appealed Prothonotary Lafrenière’s ruling, so that is where things currently stand.

[169] My review of the Protection Order will address what the applicants have characterized as a consistent misinterpretation and misapplication of the law that has led to, and become manifest in, the Protection Order.

[170] I will also review the legality of the Protection Order at the time it was promulgated. My decision will have an impact upon the future actions of the ministers, but this does not prevent me from reviewing the Protection Order and declaring it to be invalid because of reviewable error.

Order cannot be challenged

[171] The respondents also say that because the Protection Order is a “regulation” within the meaning in the *Statutory Instruments Act*, its content is legislative in nature. Therefore, the Court’s jurisdiction is limited to determining whether it was within the authority of the

[168] Cette question a déjà été relevée et réglée par le protonotaire Lafrenière. En mai 2009, les demandeurs ont exigé en vertu de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] que les défendeurs produisent le dossier relatif à l’Arrêté de protection. Les défendeurs ont affirmé qu’il n’y avait aucune décision en litige, et qu’ils n’étaient donc pas tenus de produire un dossier. Le protonotaire Lafrenière a convenu avec les demandeurs qu’il y avait bel et bien une décision et il a ordonné aux défendeurs de produire le dossier. C’est ce qu’ils ont fait en novembre 2009. Étant donné que la Cour ne peut ordonner la production d’un dossier en vertu de la règle 317 des Règles que s’il existe une décision ou une ordonnance qui fait l’objet d’une demande de contrôle judiciaire, il est évident que la Cour a déjà décidé qu’il existe une décision à contrôler, et il s’agit de l’Arrêté de protection. Voir *Gaudes c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 351, aux paragraphes 6 et 15 à 19. Les défendeurs n’ont pas interjeté appel de la décision du protonotaire Lafrenière, et c’est donc là que les choses en sont présentement.

[169] Le contrôle que je ferai de l’Arrêté de protection portera sur ce que les demandeurs ont qualifié de mauvaise interprétation et de mauvaise application systématiques du droit qui ont mené à la prise de l’Arrêté de protection, et qui sont devenues manifestes dans ce dernier.

[170] Je contrôlerai également la légalité de l’Arrêté de protection à l’époque où il a été promulgué. Ma décision aura une incidence sur les actes futurs des ministres, mais cela ne m’empêche pas de contrôler l’Arrêté de protection et de déclarer qu’il est invalide à cause d’une erreur susceptible de contrôle.

L’Arrêté ne peut pas être contesté

[171] Les défendeurs disent aussi qu’étant donné que l’Arrêté de protection est un « règlement » au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, sa teneur est de nature législative. La compétence de la Cour se limite donc à décider si les ministres avaient le pouvoir de prendre

ministers to make the Order or whether it offends 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.).

[172] In effect, this is an argument that the Protection Order (indeed any protection order issued under SARA) is immunized from review, other than review for jurisdiction or Charter compliance, by the concept of parliamentary sovereignty.

[173] In my view, however, the respondents are here attempting to assert ministerial sovereignty rather than parliamentary sovereignty. See *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), at paragraph 68. The respondents have conceded that when the Protection Order issued it was issued under a mistake of law, i.e. that “critical habitat” was limited to geographical space. This mistake is not evident on the face of the Protection Order, which one must read in conjunction with the Recovery Strategy and the RIAS to understand its scope and impact. The wording of the Recovery Strategy does reveal the mistake of law, and this is further evidenced by the wording in the RIAS.

[174] While conceding this mistake of law (an extremely serious mistake given the purpose of SARA and the possible fate of the resident killer whales and any other species at risk) the respondents suggest, in effect, that an illegal protection order and the actions of the Minister in promulgating an illegal protection order are beyond the review of this Court.

[175] In my view, however, SARA is not a statute, such as the *Fisheries Act*, that delegates to the Minister a broad discretion to do a wide range of things in order to manage a national resource on behalf of all of the people of Canada. SARA is a statute that compels the competent Minister—and the parliamentary debates are clear on this crucial point—to act in specific ways to protect the critical habitat of species at risk. The protection of critical habitat and what constitutes critical habitat are not left to ministerial discretion in SARA. If the ministers were allowed to illegally apply SARA

l’Arrêté ou si ce dernier contrevient à 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.).

[172] En fait, selon cet argument, l’Arrêté de protection (à vrai dire, n’importe quel arrêté de protection pris en vertu de la LEP) est à l’abri de tout contrôle, à part un contrôle relatif à la compétence ou à la conformité à la Charte, du fait de la notion de souveraineté du Parlement.

[173] À mon avis, cependant, les défendeurs tentent ici de revendiquer la souveraineté des ministres plutôt que celle du Parlement. Voir la décision *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 68. Les défendeurs ont concédé que lorsque l’Arrêté de protection a été pris, il l’a été par suite d’une erreur de droit, à savoir que l’« habitat essentiel » se limitait à un espace géographique. Cette erreur n’est pas évidente au vu de l’Arrêté de protection, qu’il est nécessaire de lire de pair avec le Programme de rétablissement et le REIR pour en saisir la portée et l’effet. Le libellé du Programme de rétablissement révèle bien l’erreur de droit, et le libellé du REIR en contient également une preuve.

[174] Tout en concédant cette erreur de droit (une erreur des plus graves, vu l’objet de la LEP et le sort possible des épaulards résidents et de toute autre espèce en péril), les défendeurs laissent entendre, en fait, que la Cour n’est pas habilitée à contrôler un arrêté de protection illégal et les mesures prises par le ministre en promulguant un tel arrêté.

[175] À mon avis, cependant, la LEP n’est pas une loi, comme la *Loi sur les pêches*, qui délègue au ministre le vaste pouvoir discrétionnaire de prendre un large éventail de mesures pour gérer une ressource nationale au nom de l’ensemble de la population du Canada. La LEP est une loi qui oblige le ministre compétent — et les débats parlementaires sont clairs sur ce point crucial — à agir de manières précises en vue de protéger l’habitat essentiel d’une espèce en péril. La protection de l’habitat essentiel et ce qui constitue cet habitat ne sont pas laissés à la discrétion du ministre dans la LEP. S’il

free of the scrutiny of this Court, and in breach of what Parliament has said must occur, then parliamentary sovereignty would be replaced by ministerial sovereignty. I see nothing in SARA or in the parliamentary debates brought into evidence to suggest that this was Parliament's intention.

[176] The Executive branch, including ministers and their delegates, is distinct from, and subordinate to, Parliament. When the Executive is alleged not to have lawfully performed a duty assigned to it by Parliament, the Court's role is to interpret the nature and scope of the statutory duty and adjudicate upon whether the Executive has complied with its duty. Judicial review is the means by which ministers who fail to perform their legislated duties are held to account. As stated by the Supreme Court of Canada in *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al.*, [1982] 1 S.C.R. 215, at page 216, "it is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute."

[177] This position was confirmed by the Supreme Court of Canada in the leading administrative law decision in *Inuit Tapirisat* (at page 752):

... in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

[178] In the context of SARA, Parliament charged the respondent ministers with a duty to ensure that critical habitat is legally protected. The ministers must perform this duty in accordance with the law. While a sovereign Parliament enacted section 58 of SARA, the ministers

était permis aux ministres d'appliquer illégalement la LEP à l'abri de l'examen de la Cour, et en violation de ce que le législateur (le Parlement) a dit qu'il doit avoir lieu, cela signifierait que la souveraineté du Parlement serait remplacée par celle des ministres. Je ne vois rien dans la LEP ou dans les débats parlementaires mis en preuve qui donne à penser qu'il s'agissait là de l'intention du Parlement.

[176] Le pouvoir exécutif, qui inclut les ministres et leurs délégués, est distinct du Parlement et subordonné à ce dernier. Lorsqu'il est allégué que ce pouvoir ne s'est pas acquitté de manière légale d'une obligation que le Parlement lui a imposée, le rôle de la Cour consiste à interpréter la nature et la portée de l'obligation légale et de décider si le pouvoir exécutif s'est conformé à son obligation. Le contrôle judiciaire est le moyen par lequel les ministres qui négligent de s'acquitter des obligations que leur impose la loi en sont tenus responsables. Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre*, [1982] 1 R.C.S. 215, à la page 216 du recueil : « il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif en application de cette loi ».

[177] Cette position a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt clé en droit administratif, *Inuit Tapirisat* (à la page 752) :

[...] à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

[178] Dans le contexte de la LEP, le Parlement a imposé aux ministres défenseurs l'obligation de veiller à ce qu'on protège légalement l'habitat essentiel. Ces derniers sont tenus de s'acquitter de cette obligation d'une manière conforme à la loi. C'est un Parlement

are subordinate to Parliament when they perform their section 58 duties.

[179] The respondents support their argument with the uncontroversial submission that the Protection Order is designated as a “regulation” under the *Statutory Instruments Act*. In my view, however, there is no principle of law stating that an enactment covered by the *Statutory Instruments Act* is unreviewable.

[180] The respondents further submit that, because the Protection Order is a regulation, it becomes “legislative in nature” and, therefore, this Court cannot review it without violating parliamentary sovereignty. The respondents’ analysis of the “legislative nature” of section 58 decisions is based on *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, above, and *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. It seems to me that these decisions confirm that 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], reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5, requires all instruments of a “legislative nature” to be published in English and French, which is not the issue before me. The applicants do not quarrel with the proposition that the Protection Order was constitutionally required to be published in English and French. However, the respondents take this constitutional jurisprudence out of its proper legal context in an attempt to claim that the Protection Order is unreviewable.

[181] In my view, other case law relied on by the respondents to immunize this decision against review is equally unavailing. *Dixon*, above, simply confirms that the courts may review a Cabinet decision for legal error but not for political motivations. The Supreme Court of Canada’s decision in *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 confirms that a question of statutory interpretation is justiciable regardless of whether it may have political connotations. The

souverain qui a promulgué l’article 58 de la LEP, et les ministres sont subordonnés au Parlement lorsqu’ils s’acquittent des obligations que leur impose l’article 58.

[179] Les défendeurs étayaient leur argument en formulant l’observation non controversée selon laquelle l’Arrêté de protection est désigné comme étant un « règlement » en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires*. À mon avis, toutefois, il n’existe aucun principe de droit qui dise qu’un texte visé par la *Loi sur les textes réglementaires* n’est pas susceptible de contrôle.

[180] Les défendeurs soutiennent en outre qu’étant donné qu’il s’agit d’un règlement, l’Arrêté de protection revêt donc un [TRADUCTION] « caractère législatif » et, de ce fait, la Cour ne peut le contrôler sans violer la souveraineté du Parlement. L’analyse que font les défendeurs du [TRADUCTION] « caractère législatif » des décisions liées à l’article 58 repose sur l’arrêt *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, précité, et sur le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Il me semble que ces arrêts confirment que la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 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], reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5, exige que tous les textes à « caractère législatif » soient publiés en anglais et en français, ce qui n’est pas la question qui m’est soumise. Les demandeurs ne s’opposent pas à la thèse selon laquelle il est constitutionnellement exigé que l’Arrêté de protection soit publié en anglais et en français. Cependant, les défendeurs extraient cette jurisprudence constitutionnelle de son contexte juridique approprié dans une tentative de prétendre que l’Arrêté de protection ne peut pas être contrôlé.

[181] À mon avis, les autres décisions jurisprudentielles qu’invoquent les défendeurs pour mettre leur décision à l’abri d’un contrôle sont tout aussi inefficaces. L’arrêt *Dixon*, précité, confirme simplement que les tribunaux peuvent contrôler une décision du Cabinet pour cause d’erreur de droit, mais pas de motivations politiques. La décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2

Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 confirms that the ouster of judicial remedies is a question of legislative intent: Parliament's intent to make a statutory matter non-justiciable must be expressed in particular statutory provisions. In holding that the *Auditor General Act*, R.S.C., 1985, c. A-17, limited the Auditor General, an officer of Parliament, to the alternative non-judicial remedy of reporting to Parliament, the Court emphasized at page 110 that this "should be viewed as limited to the interpretation of a unique statute as informed by the particular role played by the Auditor General."

[182] Further, at paragraph 17 of their factum, the respondents submit that the lawfulness of DFO's Protection Statement is an issue within the Court's adjudicative function. That is, the respondents concede that the Court has jurisdiction to adjudicate a claim that a competent minister issued an unlawful protection statement under paragraph 58(5)(b). Yet the respondents argue that the Court lacks jurisdiction to adjudicate a claim that a competent minister unlawfully issued a protection order under paragraph 58(5)(a). In my view, this distinction is nowhere reflected on the face of the provision.

[183] In my opinion, the analysis of the Court's jurisdiction to review a statutory decision must ask whether Parliament intended, in enacting SARA, to shield subsection 58(5) decisions from judicial review. When Parliament intends to shield a decision from review, it typically uses a privative clause. There is in SARA no privative clause and no other provision shielding subsection 58(5) decisions from judicial scrutiny. The respondents have not pointed to any provisions of SARA that have this intended effect.

R.C.S. 525, confirme qu'une question d'interprétation des lois est susceptible de recours judiciaire, qu'elle ait des connotations politiques ou pas. Dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, la Cour suprême du Canada confirme que l'exclusion de recours judiciaires est une question d'intention législative : l'intention qu'a le législateur de faire en sorte qu'une question juridique ne soit pas susceptible de recours judiciaires doit être exprimée dans des dispositions légales particulières. En concluant que la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17, limite le vérificateur général — un agent du Parlement — au recours non judiciaire de rechange qui consiste à faire rapport au Parlement, la Cour souligne, à la page 110, que cela doit être considéré comme « limit[é] à l'interprétation d'une loi unique, eu égard au rôle particulier du vérificateur général ».

[182] En outre, au paragraphe 17 de leur mémoire, les défendeurs soutiennent que le caractère légal de l'Énoncé sur la protection du MPO est une question qui relève de la fonction décisionnelle de la Cour. C'est-à-dire qu'ils concèdent que la Cour a compétence pour trancher une prétention selon laquelle un ministre compétent a émis une déclaration de protection illicite au vu de l'alinéa 58(5)b). Cependant, font-ils valoir, la Cour n'a pas compétence pour trancher une prétention selon laquelle un ministre compétent a pris de manière illégale un arrêté de protection au vu de l'alinéa 58(5)a). Selon moi, cette distinction ne ressort nulle part de la lecture de la disposition.

[183] À mon avis, concernant la compétence qu'a la Cour de contrôler une décision d'origine législative, on doit se demander si, en adoptant la LEP, le Parlement entendait mettre à l'abri les décisions prises en vertu du paragraphe 58(5) d'un contrôle judiciaire. Lorsque le Parlement entend mettre une décision à l'abri d'un contrôle, il se sert habituellement d'une disposition privative. Il n'y a dans la LEP aucune disposition de cette nature et aucune autre disposition qui protège les décisions prises en vertu du paragraphe 58(5) contre un examen judiciaire. Les défendeurs n'ont pas fait état d'une disposition quelconque de la LEP qui ait cet effet-là.

[184] In my view, then, SARA is clearly a justiciable statute that imposes mandatory duties on competent ministers. This Court has previously reviewed ministerial actions under SARA and issued declaratory relief against these same respondent ministers.

Order cannot be more than it is

[185] The respondents further argue that subsection 58(5) of SARA provides that an order be made “with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2)”. They say that “portion” refers to a geographical portion. As a result, what an order is required to do is specify the geographic area to which it applies. In this case, as none of the critical habitat is in a place referred to in subsection 58(2), the Protection Order specifies the entire area of the critical habitat, and under subsection 58(4) no more could be done.

[186] The Protection Order does not, however, define the critical habitat; it merely specifies the portion of the critical habitat to which the subsection 58(1) prohibition applies. SARA provides for critical habitat to be identified in one of two places: a recovery strategy or an action plan. This is set out in the subsection 2(1) definition of “critical habitat” which is the habitat “that is identified as the species’ critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species.” An order issued under subsections 58(4) and (5) does not, and cannot, in my view, change the critical habitat identified in those documents. Nothing in section 58 permits this.

[187] It is true that the Protection Order depends for its full meaning and effect upon the critical habitat identified in the Recovery Strategy. The respondents concede that, at the time the Protection Order was made, their view of what was included in critical habitat as expressed in the Recovery Strategy was wrong and contrary to SARA. The respondents have changed their

[184] À mon avis, la LEP est donc manifestement une loi ouvrant droit au recours judiciaire, qui impose des obligations impératives aux ministres compétents. La Cour a déjà contrôlé des mesures ministérielles prises sous le régime de la LEP et a rendu un jugement déclaratoire contre ces mêmes ministres défendeurs.

L’Arrêté ne peut pas être plus que ce qu’il est

[185] Les défendeurs soutiennent de plus que le paragraphe 58(5) de la LEP prévoit qu’un arrêté doit être pris « à l’égard de l’habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) ». Ils disent que le mot « partie » désigne une partie géographique. De ce fait, un arrêté est donc tenu de désigner la zone géographique à laquelle il s’applique. En l’espèce, comme aucun élément de l’habitat essentiel ne se trouve dans un lieu visé au paragraphe 58(2), l’Arrêté de protection désigne la zone tout entière de l’habitat essentiel et, en vertu du paragraphe 58(4), rien de plus ne pouvait être fait.

[186] L’Arrêté de protection ne définit toutefois pas l’habitat essentiel; il précise simplement la partie de cet habitat à laquelle s’applique l’interdiction prévue au paragraphe 58(1). La LEP prévoit que l’habitat essentiel doit être désigné dans l’un des deux endroits suivants : un programme de rétablissement ou un plan d’action. Cela est prévu à la définition de l’« habitat essentiel » que l’on donne au paragraphe 2(1), c’est-à-dire l’habitat nécessaire à la survie ou au rétablissement d’une espèce sauvage inscrite « qui est désigné comme tel dans un programme de rétablissement ou un plan d’action élaboré à l’égard de l’espèce ». Un arrêté pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5) ne change pas et, selon moi, ne peut pas changer l’habitat essentiel qui est désigné dans ces documents. Rien à l’article 58 ne le permet.

[187] Il est vrai que l’Arrêté de protection dépend, pour avoir tout son sens et tout son effet, de l’habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement. Les défendeurs reconnaissent que, à l’époque où l’Arrêté de protection a été pris, leur opinion sur ce qui était inclus dans l’habitat essentiel, et exprimé dans le Programme de rétablissement, était erronée et contraire

mistaken view of “critical habitat” as a result of Justice Campbell’s decision in *Environmental Defence*, above. Yet the respondents have not changed the Recovery Strategy to reflect this change in their understanding of the law. Moreover, they have not clarified for those who may seek to ascertain the law on protection of critical habitat for the resident killer whales that the Protection Order should not be read in the way they intended it to be read when it was issued and as it could still be read if some of the wording contained in the Recovery Strategy and the RIAS is relied upon.

[188] In other words, the fact that the Protection Order is worded so broadly that it can be taken by the respondents to cover their new understanding of the aspects of critical habitat that require protection under SARA does not render the Protection Order legal. Furthermore, it does not mean that those who seek to know the law on this crucial issue will not be misled if clarification is not provided by this Court.

Attempt to review speculated future intentions

[189] The respondents say that the Court should not entertain the Protection Order application because the applicants are really challenging what they see as the future intention of the respondents with regard to the application of the prohibition in section 58 of SARA.

[190] The respondents say that this is evidenced by the focus of the applicants’ statutory interpretation argument, which concerns subsection 58(1), even though the Protection Order is issued under subsections 58(4) and (5).

[191] The Protection Order neither contains the SARA prohibition against destruction nor identifies critical habitat. As per subsections 58(4) and (5), the Protection Order simply specifies the “portion” of the critical habitat, i.e. the physical part, to which the prohibition

à la LEP. Ils ont changé leur vision erronée de l’« habitat essentiel » à la suite de la décision du juge Campbell dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée. Pourtant, ils n’ont pas changé le Programme de rétablissement pour qu’il reflète ce changement dans leur compréhension de la loi. De plus, ils n’ont pas éclairci, pour ceux qui pourraient chercher à vérifier les règles de droit régissant la protection de l’habitat essentiel des épaulards résidents, qu’il ne fallait pas interpréter l’Arrêté de protection de la manière dont il était censé l’être quand il a été pris et de la manière dont il pourrait être encore interprété si l’on se fondait sur une partie du libellé contenu dans le Programme de rétablissement et le REIR.

[188] En d’autres termes, le fait que l’Arrêté de protection soit formulé de manière si générale que les défendeurs peuvent considérer qu’il englobe leur compréhension nouvelle des aspects de l’habitat essentiel qui sont à protéger sous le régime de la LEP ne le légalise pas. De plus, cela ne veut pas dire que ceux qui cherchent à connaître les règles de droit sur cette question cruciale ne seront pas induits en erreur si la Cour ne fournit pas d’éclaircissements.

Une tentative pour contrôler d’hypothétiques intentions futures

[189] Les défendeurs disent que la Cour ne devrait pas instruire la demande relative à l’arrêté de protection parce que les demandeurs contestent en fait ce qu’ils considèrent comme étant l’intention future des défendeurs quant à l’application de l’interdiction prévue à l’article 58 de la LEP.

[190] Selon les défendeurs, l’argument des demandeurs qui repose sur l’interprétation de la loi et qui concerne le paragraphe 58(1) en fait foi, même si l’Arrêté de protection est pris en vertu des paragraphes 58(4) et (5).

[191] L’Arrêté de protection ne contient pas l’interdiction de destruction que prescrit la LEP, et il ne désigne pas non plus l’habitat essentiel. Conformément aux paragraphes 58(4) et (5), l’Arrêté de protection précise simplement la « partie » de l’habitat essentiel,

against destruction applies. It is subsection 58(1) that contains the prohibition. Similarly, as per the definition of “critical habitat” in SARA, it is the Recovery Strategy that identifies the critical habitat.

[192] Despite the applicants’ claim in the relief sought that the ministers have unlawfully “excluded the ecosystem features” of the critical habitat “from the scope of the Protection Order”, the respondents say that this is simply not possible. What is prohibited is determined by the interaction of subsection 58(1) with the critical habitat, which has been identified in the Recovery Strategy and not by the Protection Order.

[193] The respondents say it is the application of the prohibition, triggered by the Protection Order, with which the applicants take issue. However, the respondents say that the applicants’ complaints are based entirely on speculation. The applicants speculate that the respondents will apply the Protection Order in a manner which the applicants say is unlawful.

[194] It is the respondents’ contention that, where jurisdiction exists, a declaration can issue to affect future rights unless the dispute in issue is merely speculative. See *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 (*Solosky*).

[195] The respondents say that the evidence the applicants rely on creates nothing more than speculation and that the conduct of DFO officials prior to the issuance of the Protection Order is irrelevant for two reasons. First, although the applicants complain that DFO attempted to remove the identification of critical habitat from the recovery strategy, the fact is that in the end, it was not removed or even significantly altered. Second, all of these actions predate the decision to issue the Protection Order and do not prove the respondents’ future intentions in regard to the Protection Order.

c’est-à-dire la partie physique, à laquelle s’applique l’interdiction. C’est au paragraphe 58(1) que figure cette dernière. Dans le même ordre d’idées, conformément à la définition de l’« habitat essentiel » que donne la LEP, c’est le Programme de rétablissement qui désigne l’habitat essentiel.

[192] Même si, dans la réparation demandée, les demandeurs soutiennent que les ministres ont, de manière illégale, [TRADUCTION] « exclu les caractéristiques écosystémiques [de l’habitat essentiel] de la portée de l’Arrêté de protection », les défendeurs disent que cela est tout simplement impossible. Ce qui est interdit est déterminé par l’interaction du paragraphe 58(1) et de l’habitat essentiel, lequel a été désigné dans le Programme de rétablissement et non pas par l’Arrêté de protection.

[193] Les défendeurs disent que ce que les demandeurs contestent c’est l’application de l’interdiction, déclenchée par l’Arrêté de protection. Cependant, ajoutent-ils, les plaintes des demandeurs reposent entièrement sur des conjectures. Ils supposent que les défendeurs appliqueront l’Arrêté de protection d’une manière qui, selon eux, est illégale.

[194] Les défendeurs soutiennent que, dans les cas où la compétence requise existe, il est possible d’émettre un jugement déclaratoire qui aura une incidence sur des droits futurs, sauf si le litige en question est simplement conjectural. Voir l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*).

[195] Les défendeurs disent que les éléments de preuve sur lesquels les demandeurs se fondent ne créent rien de plus que des conjectures et que la conduite des fonctionnaires du MPO avant la prise de l’Arrêté de protection est peu pertinente, pour deux raisons : premièrement, même si les demandeurs se plaignent que le MPO a tenté de retirer la désignation de l’habitat essentiel du programme de rétablissement, le fait est qu’en fin de compte cette désignation n’a pas été retirée, ni même modifiée en profondeur; deuxièmement, toutes ces mesures datent d’avant la décision de prendre l’Arrêté de protection et elles ne prouvent pas quelles sont les intentions futures des défendeurs au sujet de l’Arrêté de protection.

[196] The respondents say that it is indeed their intention to apply and enforce the Protection Order in accordance with their new understanding of the scope of critical habitat and that they now concede that the applicants' position on the scope of critical habitat is correct. However, it is difficult for the Court to understand, first, why the respondents have not clarified their new position and their concessions to the applicants before the hearing and, second, why they have not taken steps to ensure that the Recovery Strategy and the RIAS are absolutely clear about the respondents' legal obligations to protect critical habitat so that all those who need to know what is protected are in no doubt. In my view, it is disingenuous for the respondents to argue that a recovery strategy and a RIAS that initially supported the respondents' earlier mistaken view of the law is now adequate and clear enough to support and explain a totally different view. If this were the case, then the Recovery Strategy and the RIAS would be inadequate for either interpretation of what is protected under the Protection Order. What the ministers appear to mean is that, having been educated in the correct interpretation of their obligations since the Protection Order issued, they can now be counted upon to enforce the full protection required, irrespective of what the Recovery Strategy and the RIAS may say. This obviously leaves out of account the many other people who do not know what the ministers' new position is and who may well rely upon the Recovery Strategy and the RIAS to interpret the Protection Order.

[197] The respondents say that the applicants' arguments in relation to the RIAS do not look at the document as a whole. The RIAS contains several references to the protection of the critical habitat as identified in the Recovery Strategy. When the RIAS is read as a whole, the respondents say it is clear that the intention, in so far as that may be relevant, was to apply the Protection Order to the critical habitat identified in the Recovery Strategy. This is precisely what the statutory scheme of SARA requires. It is difficult to accept this view, in my opinion, because the same RIAS was

[196] Les défendeurs disent qu'ils entendent bel et bien appliquer et faire respecter l'Arrêté de protection en fonction de leur nouvelle compréhension de l'étendue de l'habitat essentiel et qu'ils concèdent maintenant que la position des demandeurs au sujet de cette portée est exacte. Cependant, il est difficile pour la Cour de saisir, en premier lieu, pourquoi les défendeurs n'ont pas clarifié leur nouvelle position et les concessions faites aux demandeurs avant l'audience et, en second lieu, pourquoi ils n'ont rien fait pour garantir que le Programme de rétablissement et le REIR énoncent de manière absolument claire les obligations légales qu'ils ont de protéger l'habitat essentiel, de façon à ce que tous ceux qui doivent savoir ce qui est protégé n'aient à cet égard aucun doute dans leur esprit. À mon avis, il est fallacieux pour les défendeurs de prétendre qu'un programme de rétablissement et un REIR qui étaient initialement leur opinion antérieure et erronée au sujet du droit sont maintenant adéquats et suffisamment clairs pour étayer et expliquer une opinion tout à fait différente. Si tel était le cas, le Programme de rétablissement et le REIR ne permettraient pas d'interpréter ce qui est protégé en vertu de l'Arrêté de protection. Ce que les ministres semblent vouloir dire, c'est que, après avoir été informés de la bonne façon d'interpréter leurs obligations depuis que l'Arrêté de protection a été pris, on peut maintenant compter sur eux pour faire appliquer toute la protection requise, indépendamment de ce que le Programme de rétablissement et le REIR peuvent dire. Cela exclut manifestement les nombreuses autres personnes qui ne sont pas au courant de la nouvelle position des ministres et qui pourraient bien se fonder sur le Programme de rétablissement et le REIR pour interpréter l'Arrêté de protection.

[197] Les défendeurs disent que les arguments qu'invoquent les demandeurs à l'égard du REIR ne s'appliquent pas au document dans son ensemble. Le REIR fait référence à plusieurs reprises à la protection de l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement. Les défendeurs disent que lorsqu'on lit le REIR dans son ensemble, il en ressort clairement que l'intention, dans la mesure où celle-ci peut être pertinente, était d'appliquer l'Arrêté de protection à l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement. C'est exactement ce qu'exige le régime de la LEP. Il est

initially intended to support and explain a completely incorrect view of what aspects of critical habitat were protected by the Protection Order.

[198] The respondents say that the applicants' allegation that the respondents refused to confirm that the Protection Order prohibited destruction of biological elements of critical habitat is a mischaracterization. The respondents say that they simply explained the statutory scheme of SARA, which the Protection Order applies to the critical habitat identified in the Recovery Strategy.

[199] In addition, the respondents say it is important to keep in mind that, at the time the Protection Order was issued, and at the time the RIAS was published, the issue of the nature of critical habitat was before the Court in *Environmental Defence*, above. Now that the Court in that case has recognized that critical habitat consists of location and attributes, it is not reasonable for the applicants to assume that the respondents will ignore that.

[200] As a result of *Environmental Defence*, the respondents say it is now clear that the prohibition in subsection 58(1) applies to those attributes of critical habitat that are identified in the Recovery Strategy. As the applicants' complaints are merely speculative, no declarations should issue, even if jurisdiction to do so existed.

[201] As the applicants point out, the Protection Order application is not based on speculative evidence of any future events. Rather, it is based on existing evidence of DFO's ongoing policy to limit the scope of critical habitat protection under section 58. It is also worth pointing out that, while they could have easily done so, the respondents did not file any affidavit evidence to indicate that they have abandoned their existing and documented interpretation of section 58. Whatever respondents' counsel may say about the respondents' revised interpretation, the uncontested evidentiary record reveals DFO's clear and continuing policy to

difficile de souscrire à ce point de vue, selon moi, parce que le même REIR visait initialement à étayer et à expliquer une opinion tout à fait inexacte quant à quels aspects de l'habitat essentiel l'Arrêté de protection s'adressait.

[198] Les défendeurs disent que l'allégation des demandeurs selon laquelle les défendeurs ont refusé de confirmer que l'Arrêté de protection interdisait la destruction d'éléments biologiques de l'habitat essentiel est une qualification erronée. Ils disent avoir simplement expliqué le régime de la LEP, que l'Arrêté de protection applique à l'habitat essentiel désigné dans le Programme de rétablissement.

[199] En outre, les défendeurs disent qu'il est important de garder à l'esprit que, à l'époque où l'Arrêté de protection a été pris, et à celle où le REIR a été publié, la question de la nature de l'habitat essentiel était soumise à la Cour, dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée. Maintenant que la Cour, dans cette affaire, a établi que l'habitat essentiel se compose d'un lieu et de caractéristiques, il est déraisonnable que les demandeurs présument que les défendeurs en feront abstraction.

[200] Les défendeurs disent que, par suite de la décision *Environmental Defence*, il est maintenant clair que l'interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) s'applique aux caractéristiques de l'habitat essentiel qui sont désignées dans le Programme de rétablissement. Les plaintes des demandeurs n'étant que conjecturales, aucun jugement déclaratoire ne devrait être prononcé, même si la compétence pour le faire existe.

[201] Comme le font remarquer les demandeurs, la demande relative à l'arrêté de protection ne repose pas sur des éléments de preuve conjecturaux au sujet de faits à venir. Cette demande repose plutôt sur des éléments de preuve existants, à savoir la politique qu'applique actuellement le MPO, laquelle consiste à limiter la portée de la protection de l'habitat essentiel prévue par l'article 58. Il vaut également la peine de signaler que les défendeurs, même s'ils auraient pu le faire facilement, n'ont produit aucune preuve par affidavit pour affirmer qu'ils ont renoncé à leur interprétation actuelle et attestée de l'article 58. Quoi que puissent dire les avocats des

interpret section 58 of SARA so as to limit the scope of protection for critical habitat.

[202] In arguing that this dispute is “speculative”, the sole authority discussed by the respondents is *Solosky*, above. Yet it seems to me that *Solosky* assists the applicants. In *Solosky*, the Supreme Court of Canada confirmed that the fact that declaratory relief would influence future events was no bar to such relief, provided the dispute was not hypothetical. The Court held that Mr. Solosky’s challenge to a prison censorship order was not hypothetical; rather it was a “direct and present challenge” to the order: *Solosky*, above, at page 832. As the order continued from the past through the present and into the future, it raised a non-academic controversy properly resolved by declaration: “The fact that a declaration today cannot cure past ills, or may affect future rights, cannot of itself, deprive the remedy of its potential utility in resolving the dispute over the Director’s continuing order”: *Solosky*, above, at page 833. In my view, the applicants correctly argue that the Protection Order is entirely analogous. The declarations sought will resolve any ongoing controversy about the Protection Order.

Applicants cannot obtain the declaration sought

[203] Finally, in resisting the Protection Order application the respondents argue that, absent a request to review the decision to issue the Protection Order itself, which would not have been available in any event, this Court lacks the ability to grant the declarations sought by the applicants.

défendeurs au sujet de l’interprétation révisée de leurs clients, le dossier de preuve non contesté révèle que le MPO a pour politique claire et continue d’interpréter l’article 58 de la LEP de manière à limiter la portée de la protection de l’habitat essentiel.

[202] À l’appui de leur thèse selon laquelle le présent litige est [TRADUCTION] « conjectural », la seule décision jurisprudentielle dont les défendeurs font état est l’arrêt *Solosky*, précité. Il me semble toutefois que cet arrêt aide la cause des demandeurs. Dans l’arrêt *Solosky*, la Cour suprême du Canada a confirmé qu’un jugement déclaratoire qui influencerait des faits à venir n’était pas un obstacle à une telle réparation, à la condition que le litige ne soit pas hypothétique. La Cour a conclu que la contestation de M. Solosky à l’égard d’un ordre de censure en milieu carcéral n’était pas hypothétique; comme elle l’a dit : « Le jugement déclaratoire sollicité attaque directement et maintenant l’ordre de censure » : *Solosky*, précité, aux pages 832 et 833. Comme l’ordre restait en vigueur, du passé au présent et dans l’avenir, il soulevait une controverse non théorique qu’un jugement déclaratoire pouvait régler convenablement : « Le fait qu’un jugement déclaratoire accordé aujourd’hui ne puisse réparer les maux passés ou puisse toucher aux droits futurs, ne prive pas le recours de son utilité potentielle dans la solution du litige découlant de l’ordre permanent du directeur » : *Solosky*, précité, à la page 833. À mon avis, les demandeurs font valoir avec raison que l’Arrêté de protection est tout à fait analogue. Les jugements déclaratoires demandés régleront toute controverse en cours au sujet de l’Arrêté de protection.

Les demandeurs ne peuvent pas obtenir le jugement déclaratoire sollicité

[203] Enfin, pour s’opposer à la demande relative à l’arrêté de protection, les défendeurs soutiennent qu’à défaut d’une demande de contrôle de la décision de prendre l’Arrêté de protection même, qui, de toute façon, n’aurait pas été disponible, la Cour n’est pas compétente pour accorder les jugements déclaratoires que sollicitent les demandeurs.

[204] The respondents' point is that the Court, as a creation of statute, does not have a jurisdiction at large to issue declaratory relief but must find a statutory grant of jurisdiction. The jurisdiction to grant the declaratory relief sought in the Protection Order application does not, say the respondents, exist in the circumstances of this case.

[205] Declaratory relief against a federal board, commission or other tribunal lies within the exclusive jurisdiction of the Court pursuant to paragraph 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*. Such relief may be sought only by judicial review pursuant to subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4]. However, the powers of the Court to grant relief are set out in subsection 18.1(3), as follows:

18.1 ...

Powers of
Federal
Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[206] The respondents say that the Court has the power to declare unlawful a “decision, order, act or proceeding” only. It is the respondents' position that the applicants do not seek to have the Protection Order itself declared unlawful and that the applicants also do not identify any other decision, act or proceeding that they wish to have declared unlawful.

[207] I think the short answer to this is that the applicants are asking the Court to declare the Protection Order unlawful. Paragraph 192 of the applicants' memorandum of fact and law clarifies that the applicants wish

[204] L'argument des défendeurs est le suivant : la Cour, en tant que création d'une loi, n'a pas la compétence générale voulue pour rendre un jugement déclaratoire mais doit trouver une attribution légale de compétence. Dans les circonstances de l'espèce, disent-ils, il n'existe pas de compétence pour accorder le jugement déclaratoire sollicité dans la demande relative à l'arrêté de protection.

[205] Aux termes de l'alinéa 18(1)a) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour a compétence exclusive pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral. Ce recours ne peut être demandé que par la voie d'un contrôle judiciaire, en application du paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4]. Cependant, les pouvoirs qu'a la Cour d'accorder les mesures prévues sont énoncés au paragraphe 18.1(3), comme suit :

18.1 [...]

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

Pouvoirs de la
Cour fédérale

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[206] Les défendeurs disent que la Cour n'est habilitée qu'à déclarer illégal « toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte ». Ils sont d'avis que les demandeurs ne cherchent pas à faire déclarer illégal l'Arrêté de protection même et qu'ils ne visent pas non plus une autre décision ou procédure ou un autre acte qu'ils souhaitent voir déclarer illégal.

[207] Je crois qu'il est possible de répondre brièvement à cet argument : les demandeurs demandent effectivement à la Cour de déclarer l'Arrêté de protection illégal. Au paragraphe 192 de leur mémoire des faits

the Court to declare, *inter alia*, that it was “an error of law for the Ministers to limit the application and scope of the Protection Order to legally protect only geophysical parts of critical habitat”.

[208] What appears to lie behind the respondents’ objections to the relief claimed is that the Protection Order, on its face, does not reveal the mistake of law that was made at the time it was issued, and now that *Environmental Defence*, above, has made them fully aware of their mistake there is no need for the Court to pronounce upon the illegality of the Protection Order when it was made.

[209] I see several problems with this approach. First of all, the ministers have provided in this application no clear acknowledgement of the legal mistake that lies behind the Protection Order nor any suggestions for rectifying the confusion that may result if matters are left as they are. In the lead-up to the hearing of these applications, the ministers simply disregarded the merits of the applicants’ position and tried to persuade the Court that it had no jurisdiction to hear the Protection Order application and should not hear the Protection Statement application.

[210] This, together with the respondents’ unhelpful responses to the applicants’ attempts to clarify with them the legal issues raised in these applications, suggests to the Court that the ministers are reluctant to acknowledge the mistake that was made and to take steps to rectify it. It was only in response to questions put to legal counsel by the Court at the hearing of the Protection Order application that the ministers acknowledged that they did regard “critical habitat” as being confined to geophysical components prior to the decision in *Environmental Defence*, above, and that the Protection Order had been issued under their misapprehension of the law.

et du droit, les demandeurs précisent qu’ils veulent que la Cour déclare, notamment, que [TRADUCTION] « les ministres ont commis une erreur de droit en limitant l’application et la portée de l’Arrêté de protection de façon à ne protéger légalement que les parties géophysiques de l’habitat essentiel ».

[208] Ce qui semble sous-tendre les objections des défendeurs à l’égard du recours demandé est que l’Arrêté de protection, à première vue, ne révèle pas l’erreur de droit qui a été commise à l’époque où cet arrêté a été pris et que, maintenant que la décision *Environmental Defence*, précitée, leur a fait prendre tout à fait conscience de leur erreur, il n’est pas nécessaire que la Cour se prononce sur l’illégalité de l’Arrêté de protection à l’époque où il a été pris.

[209] Cette démarche, selon moi, suscite plusieurs problèmes. Tout d’abord, les ministres, dans la présente demande, ne reconnaissent pas clairement l’erreur de droit qui sous-tend l’Arrêté de protection, pas plus qu’ils ne formulent des suggestions pour rectifier la confusion qui pourrait s’ensuivre si on laisse les choses comme elles sont. Dans le processus qui a mené à l’audition des demandes, les ministres ont simplement fait abstraction du bien-fondé de la position des demandeurs et ont tenté de convaincre la Cour qu’elle n’était pas compétente pour entendre la demande relative à l’arrêté de protection et qu’elle ne devrait pas instruire la demande relative à la déclaration de protection.

[210] Ce fait, de pair avec les réponses inutiles des défendeurs aux tentatives faites par les demandeurs pour clarifier auprès d’eux les questions de droit soulevées dans les présentes demandes, amène la Cour à penser que les ministres sont réticents à reconnaître l’erreur qui a été commise et à prendre des mesures pour la corriger. Ce n’est qu’en réponse à des questions soumises aux avocats par la Cour à l’audition de la demande relative à l’arrêté de protection que les ministres ont reconnu qu’ils considéraient effectivement que l’« habitat essentiel » se limitait aux éléments géophysiques, avant que la décision soit rendue dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée, et que l’Arrêté de protection avait été pris en se fondant sur leur mauvaise interprétation de la loi.

[211] Even if the ministers now intend to apply the Protection Order in accordance with *Environmental Defence*, so that all components of critical habitat—including the crucial factors of reductions in the availability of salmon prey, environmental contamination and physical and acoustic disturbance—will now be protected in accordance with section 58 of SARA, this does not resolve the problems caused by the issuance of the Protection Order.

[212] As the respondents themselves point out, the Protection Order, on its face, does not indicate what is included in critical habitat for the resident killer whales. Recourse has to be made to the Recovery Strategy and the RIAS. This causes a problem because the Recovery Strategy contains language that reflects the respondents' mistaken view of the law at the time the Protection Order was made. Anyone who wants to know which components of critical habitat of the resident killer whales are protected under SARA has to go to the Recovery Strategy for guidance. The respondents have made no suggestion as to how they intend to clarify the situation for anyone who is implementing, or attempting to follow, the Recovery Strategy but who was not in Court to hear counsel concede that all components of critical habitat for the resident killer whales should now be regarded as being covered by the Protection Order. Given the history of this matter, and the obvious reluctance by the respondents to acknowledge that critical habitat is more than just geophysical space, this crucial issue cannot be left in doubt. Otherwise, the lack of clarity could well lead to the thwarting of the purpose of SARA as regards the range of protection that must be afforded the resident killer whales.

[213] The Protection Statement that was posted to the SARA public registry on September 10, 2008, distinguished between the legal protection required by SARA for the geophysical attributes of critical habitat and the management and mitigation of other threats to the biological and ecosystem features of the habitat of the resident killer whales. This, together with the lead-up

[211] Même si les ministres ont maintenant l'intention d'appliquer l'Arrêté de protection d'une manière conforme à la décision *Environmental Defence*, de façon à ce que tous les éléments de l'habitat essentiel — y compris les facteurs cruciaux que sont la réduction de la disponibilité du saumon-proie, la contamination environnementale et les perturbations physiques et acoustiques — soient maintenant protégés d'une manière conforme à l'article 58 de la LEP, cela ne résout pas les problèmes qu'a causés la prise de l'Arrêté de protection.

[212] Comme les défendeurs le font remarquer eux-mêmes, l'Arrêté de protection, à première vue, ne dit pas ce qui est inclus dans l'habitat essentiel des épaulards résidents. Il faut pour cela se tourner vers le Programme de rétablissement et le REIR. Cela pose un problème car le Programme de rétablissement contient un libellé qui reflète l'opinion erronée des défendeurs quant au droit à l'époque où l'Arrêté de protection a été pris. Quiconque veut savoir quels éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents sont protégés sous le régime de la LEP doit consulter le Programme de rétablissement. Les défendeurs n'ont pas dit comment ils entendent clarifier la situation pour ceux qui mettent en œuvre, ou tentent de suivre, le Programme de rétablissement, mais qui n'étaient pas présents à l'audience pour entendre les avocats reconnaître que tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents doivent maintenant être considérés comme visés par l'Arrêté de protection. Vu l'historique de la présente affaire, et la réticence manifeste des défendeurs à reconnaître que l'habitat essentiel est plus qu'un simple espace géophysique, cette question cruciale ne peut pas rester douteuse. Sans cela, ce manque de clarté pourrait bien mener à la mise en échec de l'objet de la LEP quant à l'éventail des mesures de protection qui doivent être prises à l'égard des épaulards résidents.

[213] L'Énoncé sur la protection qui a été affiché dans le registre de la LEP le 10 septembre 2008 faisait une distinction entre, d'une part, la protection légale qu'exige la LEP pour les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et, d'autre part, la gestion et l'atténuation d'autres menaces pour les caractéristiques biologiques et écosystémiques de l'habitat des

to the Protection Statement, gave rise to a concern that the ministers perceived of two levels of protection for the resident killer whales. One of them was the geophysical space which they occupied and which the ministers regarded as having the full mandatory protection afforded by subsection 58(1) of SARA. The other was the biological and other ecosystem aspects of the whales' habitat, which the ministers considered should be managed and mitigated and which would not have the full protection of subsection 58(1) of SARA.

[214] As we now know, the Protection Statement of September 10, 2008 was replaced by the Protection Order of February 2009.

[215] However, both the Protection Statement and the Protection Order can be understood only by reference to the Recovery Strategy which, after much debate about what should be included under "critical habitat", was posted to the public registry on March 14, 2008.

[216] Notwithstanding the above-mentioned debate, the Protection Statement makes clear DFO's determination to maintain a distinction between geophysical features of critical habitat and biological and other ecosystem features.

[217] When the Protection Order was published in the *Canada Gazette*, Part II on March 4, 2009 it indicated that the prohibition in subsection 58(1) of SARA applies to the critical habitat of the resident killer whales that are described in Schedule 1. Schedule 1 is a list of marine coordinates for the geospatial location of critical habitat.

[218] Confusion occurred because the Protection Order was published with an accompanying RIAS that, at least in one section, appears to continue the distinction between the geophysical areas and the biological features of critical habitat [at page 340]:

The Recovery Strategy identifies at section 3 the critical habitats as defined geophysical areas where these populations

épaulards résidents. Ce fait, de pair avec le processus qui a mené à la publication de l'Énoncé sur la protection, a amené à se demander si les ministres percevaient pour cette espèce deux niveaux de protection : l'un d'eux était l'espace géophysique que les épaulards occupaient et qui, selon les ministres, bénéficiait de la pleine protection impérative que confère le paragraphe 58(1) de la LEP; l'autre était les aspects biologiques et autres éléments écosystémiques de l'habitat des épaulards qui, selon les ministres, devaient être gérés et atténués et qui ne bénéficiaient pas de la pleine protection du paragraphe 58(1) de la LEP.

[214] Comme nous le savons maintenant, l'Énoncé sur la protection du 10 septembre 2008 a été remplacé par l'Arrêté de protection de février 2009.

[215] Cependant, tant l'Énoncé sur la protection que l'Arrêté de protection ne peuvent être interprétés qu'en se reportant au Programme de rétablissement qui, après bien des débats sur ce qu'il fallait inclure dans la notion d'« habitat essentiel », a été affiché dans le registre le 14 mars 2008.

[216] Indépendamment des débats susmentionnés, l'Énoncé sur la protection fait clairement état de la détermination du MPO à maintenir une distinction entre les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel et les caractéristiques biologiques et autres éléments écosystémiques.

[217] Quand l'Arrêté de protection a été publié dans la Partie II de la *Gazette du Canada* le 4 mars 2009, il disait que l'interdiction prévue au paragraphe 58(1) de la LEP s'appliquait à l'habitat essentiel des épaulards résidents, qui est décrit à l'annexe 1. Cette dernière est une liste de coordonnées marines concernant l'emplacement géospatial de l'habitat essentiel.

[218] S'il y a eu confusion, c'est parce que l'Arrêté de protection a été publié avec un REIR qui, dans une de ses sections au moins, semble maintenir la distinction entre les zones géophysiques et les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel [à la page 340] :

Le programme de rétablissement nous présente, dans la section 3, les habitats essentiels comme des zones géophysiques

concentrate. In addition, DFO recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of the Northern and Southern Resident Killer Whales.

[219] More confusion is caused by the following wording from paragraph 3.2 of the Recovery Strategy which also suggests a distinction between geophysical features and the other components or features of critical habitat:

While for the purposes of SARA the critical habitat itself is a defined geophysical area (see above), other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment must be managed as threats so as not to compromise the function of the critical habitat and thus potentially impede survival and recovery.

[220] Clearly, there is a suggestion here of a distinction between the geophysical area, to which the protections of SARA are available, and “other ecosystem features”, which are not protected by SARA and which may have to be “managed”.

[221] This confusion is confirmed by the memorandum that went to the Minister of Fisheries and Oceans dated September 10, 2008:

The potential measures which could be used to provide legal protection for the Resident Killer Whale populations have been difficult to determine, given the complexities of the nature of the possible threats to the animals and to their critical habitat. The Recovery Strategy identifies the critical habitat in geophysical terms; it is the geophysical attributes of the critical habitat which must be protected by SARA. However, the Recovery Strategy also identifies a number of potential threats to the killer whales which need to be managed to ensure the survival and recovery of the species; these include availability of prey, acoustic degradation, and a variety of environmental pollutants. [Emphasis added.]

[222] The clear implication of these words is that the mandatory protection of SARA is required only for the geophysical features, while other features of

définies où ces populations sont concentrées. De plus, MPO reconnaît que d’autres caractéristiques de cet écosystème, comme l’existence de proies à des fins de fourrage et la qualité de l’environnement, sont importantes pour la survie et le rétablissement des épaulards résidents du nord et du sud.

[219] Une autre source de confusion est le libellé suivant, extrait du paragraphe 3.2 du Programme de rétablissement, qui donne aussi à penser qu’il y a une distinction entre les caractéristiques géophysiques et les autres éléments ou caractéristiques de l’habitat essentiel :

Si, pour les besoins de la LEP, l’habitat essentiel lui-même consiste en une zone géophysique (voir ce qui précède), il reste que d’autres caractéristiques écosystémiques – par exemple, la disponibilité des proies et la qualité de l’environnement – doivent être gérées à titre de risques afin de ne pas compromettre la fonction de l’habitat essentiel et donc de ne pas entraver la survie et le rétablissement de l’espèce.

[220] Manifestement, on laisse entendre ici qu’il y a une distinction entre la zone géophysique, pour laquelle les mesures de protection de la LEP sont disponibles, et d’« autres caractéristiques écosystémiques », qui ne sont pas protégées par la LEP et qui doivent peut-être être « gérées ».

[221] La note de service qui a été adressée au ministre des Pêches et des Océans en date du 10 septembre 2008 confirme cette confusion :

[TRADUCTION] Les mesures qu’il serait possible de prendre pour protéger légalement les populations d’épaulard résident ont été difficiles à déterminer, à cause des complexités qui entourent la nature des menaces possibles pour les animaux et leur habitat essentiel. Le Programme de rétablissement désigne l’habitat essentiel en termes géophysiques; ce sont les caractéristiques géophysiques de l’habitat essentiel que la LEP doit protéger. Cependant, le Programme de rétablissement désigne aussi, pour les épaulards, un certain nombre de menaces éventuelles qu’il est nécessaire de gérer si l’on veut assurer la survie et le rétablissement de l’espèce; ces menaces comprennent la disponibilité de proies, la dégradation acoustique et divers polluants environnementaux. [Non souligné dans l’original.]

[222] Ces mots disent clairement que la protection impérative de la LEP n’est exigée que pour les caractéristiques géophysiques, tandis que les autres

critical habitat are subject to discretionary management. As confirmed by Justice Campbell in *Environmental Defence*, above, this is a fundamental misreading of what constitutes critical habitat for the purposes of mandatory protection under SARA. This same misreading of SARA is evident in the analysis chart that accompanies the memorandum to the ministers.

[223] If DFO can read the Recovery Statement in this way, then presumably so can anyone else who consults it in order to determine the full scope of the Protection Order.

[224] These are confusions that could have, and should have, been cleared up and addressed without the need for legal action. This is precisely what the applicants attempted to do. On March 6, 2009, the applicants wrote to advise DFO of their concerns that the Protection Order might not legally protect the biological components of critical habitat of the resident killer whales and asked a series of pertinent questions aimed at clarification. DFO replied through counsel in a letter dated March 10, 2009.

[225] The precise question put to DFO by the applicants was:

Does the Order prohibit the destruction of the biological elements (or ecosystem features) of critical habitat? Or does the Order only prohibit destruction of geophysical features of habitat (namely, the seabed)?

[226] DFO's response to this question reads as follows:

Regarding your third question, as already mentioned, the consequence of issuing the s. 58 order is that destruction of the critical habitat becomes an offence. Two points arise from this. First, as you are aware, the critical habitats of these species were identified in the recovery strategy. That identification was not challenged by your clients, or by anyone else, and the time for doing so has long since passed. Second, the responsibility for prosecutions under s. 97 of *SARA* rests with the

caractéristiques de l'habitat essentiel font l'objet d'une gestion discrétionnaire. Comme l'a confirmé le juge Campbell dans la décision *Environmental Defence*, précitée, il s'agit là fondamentalement d'une mauvaise interprétation de ce qui constitue l'habitat essentiel pour les besoins de la protection impérative que prévoit la LEP. Cette même interprétation erronée de la LEP est évidente dans le tableau d'analyse qui accompagne la note de service destinée aux ministres.

[223] Si le MPO peut interpréter le Programme de rétablissement de cette façon, on peut donc présumer que toute autre personne qui le consulte pour déterminer la portée entière de l'Arrêté de protection peut arriver à la même interprétation.

[224] Il s'agit là de confusions qui auraient pu — et auraient dû — être éclaircies et réglées sans qu'il faille recourir à une action en justice. C'est précisément ce que les demandeurs ont tenté de faire. Le 6 mars 2009, ils ont écrit au MPO pour l'informer de leurs préoccupations à l'égard du fait que l'Arrêté de protection ne protégeait peut-être pas légalement les éléments biologiques de l'habitat essentiel des épaulards résidents et poser une série de questions pertinentes visant à clarifier la situation. Le MPO a répondu par l'entremise de ses avocats, dans une lettre datée du 10 mars 2009.

[225] La question précise que les demandeurs ont posée au MPO est la suivante :

[TRADUCTION] L'Arrêté interdit-il de détruire les éléments biologiques (ou les caractéristiques écosystémiques) de l'habitat essentiel? Ou alors l'Arrêté n'interdit-il que la destruction des caractéristiques géophysiques de l'habitat (à savoir, le fond de l'océan)?

[226] La réponse du MPO à cette question est la suivante :

[TRADUCTION] Au sujet de votre troisième question, comme il a déjà été mentionné, la conséquence de la prise de l'arrêté en vertu de l'article 58 est que la destruction de l'habitat essentiel devient une infraction. Il y a deux points qui découlent de cela. Premièrement, comme vous le savez, les habitats essentiels de ces espèces ont été désignés dans le Programme de rétablissement. Cette désignation n'a pas été contestée par vos clients, ni par qui que ce soit d'autre, et le temps pour le

Attorney General of Canada and the prosecutorial discretion of the Public Prosecution Service of Canada and not the competent ministers. As has occurred with similar provisions, such as s. 35 of the *Fisheries Act*, the law surrounding the scope and application of the prohibition set out in s. 58(1) will no doubt evolve over time as prosecutions occur.

[227] In my view, as an answer to a straight question, this is highly evasive. It is difficult to see what prosecutions have got to do with the matter in hand. Unless all concerned are clear about what is included in “critical habitat” the Attorney General of Canada will not know who or what to prosecute. Prosecutions do not define critical habitat, they enforce the protections to critical habitat afforded by SARA.

[228] Also, to point out that critical habitats “were identified in the recovery strategy” is the equivalent of saying that the doubts created by the ambiguous wording in the Recovery Strategy and perpetuated by DFO’s own memorandum to the ministers are the problem of the applicants, and DFO has no interest in clarification. There may well be a reason for this, of course. In the absence of an explanation, however, the record suggests to me that DFO was not interested in resolving the confusion caused by its own documents and former position and had hopes of carrying forward the distinction between geophysical space (protected by SARA) and other aspects of habitat (subject to discretionary management and not protected by SARA). I say this because, in the absence of an explanation, there is no other plausible reason why the simple question could not have been answered or why, given the answers and the concessions made in open Court before me by the respondents as part of this application, the applicants should have been forced to bring this matter before the Court.

[229] The fact that no meaningful answer was provided to the applicants’ request for clarification on the scope of protection provided by the Protection Order

faire est expiré depuis longtemps. Deuxièmement, la responsabilité d’engager une poursuite en vertu de l’article 97 de la LEP relève du procureur général du Canada et du pouvoir discrétionnaire du Service des poursuites pénales du Canada d’engager des poursuites, et non des ministres compétents. Comme cela est arrivé dans le cas de dispositions semblables, comme l’article 35 de la *Loi sur les pêches*, le droit entourant la portée et l’application de l’interdiction énoncée au paragraphe 58(1) évoluera sans aucun doute à la longue à mesure que l’on engagera des poursuites.

[227] À mon avis, cette réponse, donnée à une question directe, est des plus évasives. Il est difficile de voir ce que les poursuites ont à voir avec la présente affaire. À moins que tous les intéressés sachent clairement ce qui est inclus dans l’« habitat essentiel », le procureur général du Canada ne saura pas quoi ou qui poursuivre. Les poursuites ne définissent pas l’habitat essentiel, elles exécutent les mesures de protection de l’habitat essentiel qu’accorde la LEP.

[228] En outre, signaler que les habitats essentiels [TRADUCTION] « ont été désignés dans le Programme de rétablissement » revient à dire que les doutes que crée le libellé ambigu du Programme de rétablissement et que perpétue la propre note de service du MPO aux ministres est le problème des demandeurs, et que le MPO n’a pas intérêt à clarifier les choses. Bien sûr, il y a peut-être bien une raison à cela. Cependant, à défaut d’une explication, le dossier me donne à penser que le MPO n’était pas intéressé à régler la confusion causée par ses propres documents et sa position antérieure et qu’il espérait maintenir la distinction faite entre l’espace géophysique (protégé par la LEP) et d’autres aspects de l’habitat (sous réserve d’une gestion discrétionnaire, et non protégés par la LEP). Si je dis cela c’est que, sans explication, il n’y a pas d’autre raison plausible pour laquelle on ne pouvait pas répondre à cette question simple, ou pour laquelle, compte tenu des réponses qu’ont données et des concessions qu’ont faites les défendeurs à audience devant moi dans le cadre de la présente demande, les demandeurs ont dû soumettre l’affaire à la Cour.

[229] Le fait qu’aucune réponse sérieuse n’ait été donnée à la demande d’éclaircissements des demandeurs au sujet de la protection que confère l’Arrêté de

made the Protection Order application inevitable, and it was commenced by the applicants on April 3, 2009.

[230] What is interesting is that Justice Campbell clarified the full meaning of “critical habitat” under SARA in *Environmental Defence*, above. That decision was issued on September 9, 2009. At the hearing of the Protection Order application before me, the respondents conceded that Justice Campbell had decided the legal issue and the respondents now took the position that the Protection Order covered all aspects of critical habitat that the applicant felt it should cover.

[231] This tells the Court two things of note. First, at the time of the issuance of the Protection Order in February 2009, and as late as respondents’ counsel’s reply letter of March 2009, the respondents did not regard critical habitat as anything but geophysical space but were unwilling to admit this fact to the applicants, which is why their reply to the applicants’ question was so evasive. Second, it reveals that the respondents changed their mind about the full scope of “critical habitat” following Justice Campbell’s decision in *Environmental Defence*, above, but did not bother to inform the applicants. Rather they resisted the Protection Order application all the way, initially provided no argument on the merits and advised the Court it had no jurisdiction to hear the application. Only when the Court put specific questions to counsel at the hearing did the respondents concede that they accepted the applicants’ version of what was included in critical habitat. The respondents argued further that the Protection Order application was unnecessary because the Protection Order now covered the biological and ecosystem aspects of critical habitat, a fact which the respondents had refused to clarify when asked the question in March 2009 or at any time up to the hearing.

protection a entraîné forcément le dépôt de la demande relative à l’arrêté de protection, ce que les demandeurs ont fait le 3 avril 2009.

[230] Il est intéressant de noter que le juge Campbell a clarifié le sens complet de l’expression « habitat essentiel » sous le régime de la LEP dans la décision *Environmental Defence*, précitée. Cette dernière a été rendue le 9 septembre 2009. À l’audition, devant moi, de la demande relative à l’arrêté de protection, les défendeurs ont admis que le juge Campbell avait tranché la question de droit et ils ont ensuite exprimé l’avis que l’Arrêté de protection visait tous les aspects de l’habitat essentiel qu’il fallait, selon les demandeurs, qu’il couvre.

[231] Cela dit à la Cour qu’il y a deux choses à signaler. Premièrement, au moment de la prise de l’Arrêté de protection en février 2009, et jusqu’à la lettre de réponse de leurs avocats datée de mars 2009, les défendeurs ne considéraient l’habitat essentiel que comme un simple espace géophysique, mais ils n’étaient pas disposés à reconnaître ce fait aux demandeurs, ce qui explique le caractère si évasif de leur réponse à la question de ces derniers. Deuxièmement, cela révèle que les défendeurs ont changé d’avis au sujet de la portée entière de l’« habitat essentiel » à la suite de la décision du juge Campbell dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée, mais qu’ils n’ont pas pris la peine d’en informer les demandeurs. Ils ont plutôt résisté jusqu’au bout à la demande relative à l’arrêté de protection, n’ont fourni au départ aucun argument quant au bien-fondé de cette dernière et ont informé la Cour qu’elle n’était pas compétente pour instruire la demande. Ce n’est que lorsque la Cour a posé des questions précises aux avocats à l’audience que les défendeurs ont admis qu’ils souscrivaient à la version des demandeurs sur ce qui était inclus dans l’habitat essentiel. Ils ont allégué de plus que la demande relative à l’arrêté de protection était inutile parce que cet arrêté englobait maintenant les aspects biologiques et écosystémiques de l’habitat essentiel, un fait qu’ils avaient refusé d’éclaircir lorsque la question leur avait été posée en mars 2009, ou à un moment quelconque avant l’audience.

[232] All of this convinces me that the Protection Order application was, and remains, absolutely necessary.

[233] The respondents have, in effect, now indicated to the Court that they accept the applicants' position on the meaning of critical habitat and the scope of protection afforded the resident killer whales under SARA, but they do not want me to look at the merits of the Protection Order application because, *inter alia*, I lack the jurisdiction.

[234] I am left wondering, then, what lies behind the respondents' resistance. If they did not want me to hear the Protection Order application, all they had to do, following the *Environmental Defence* decision, was to clarify their new position with the applicants and in the public record. I have been offered no explanation as to why this could not have happened.

[235] In any event, in light of the respondents' evasive conduct and the confusing state of the public record as outlined above, I believe the Court has to bring to the issue at hand the clarification that the respondents have refused to provide. The applicants have satisfied the burden for the declaratory relief they seek in relation to the Protection Order.

Protection Statement Application

Should the Court hear it?

[236] Justice O'Reilly has already decided that the Protection Statement application is moot. Nevertheless, he has left it to me to decide whether the Court should exercise its discretion to hear and decide the application after hearing the merits of both applications and with the benefit of full submissions and relevant evidence from both sides.

[232] Tout cela me convainc que la demande relative à l'arrêté de protection était — et demeure — absolument nécessaire.

[233] Les défendeurs ont, en fait, admis maintenant à la Cour qu'ils souscrivent à la position des demandeurs quant au sens de l'habitat essentiel et à la portée de la protection assurée à l'épaulard résident sous le régime de la LEP, mais ils ne veulent pas que j'examine le bien-fondé de la demande relative à l'arrêté de protection parce que, notamment, je n'ai pas la compétence requise pour le faire.

[234] Je me demande dans ce cas ce qui se cache derrière la résistance des défendeurs. S'ils ne voulaient pas que j'instruise la demande relative à l'arrêté de protection, tout ce qu'ils avaient à faire, suivant la décision *Environmental Defence*, était d'éclaircir leur nouvelle position auprès des demandeurs, ainsi que dans le dossier public. On ne m'a donné aucune explication quant à la raison pour laquelle cela n'avait pas pu se faire.

[235] Quoi qu'il en soit, compte tenu de la conduite évasive des défendeurs et de l'état embrouillé du dossier public, comme je l'ai mentionné ci-dessus, je crois que la Cour doit donner à la question en litige l'éclaircissement que les défendeurs ont refusé de fournir. Les demandeurs se sont acquittés du fardeau nécessaire pour obtenir le jugement déclaratoire qu'ils sollicitent en rapport avec l'Arrêté de protection.

La demande relative à la déclaration de protection

La Cour devrait-elle l'instruire?

[236] Le juge O'Reilly a déjà décidé que la demande relative à la déclaration de protection est de nature théorique. Néanmoins, il m'a laissé le soin de décider si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire et trancher la demande, après avoir examiné le bien-fondé des deux demandes et avoir obtenu les observations complètes et les éléments de preuve pertinents des deux parties.

[237] In both the Protection Order application and the Protection Statement application, the respondents initially chose not to provide me with submissions on the merits. Instead, they focussed on mootness and why I should not hear either application. However, the respondents have since conceded that there is some merit in both applications. With respect to the Protection Statement application, for example, the respondents conceded at the hearing that a protection statement cannot rely upon provincial laws and can rely only upon protection, other than SARA, that is “presently in force” at the time the statement is issued. Following the Court’s direction to the respondents that they provide the Court with submissions on the merits of the Protection Statement application, the respondents have now in their supplemental written submissions made further concessions on the merits of the applicants’ argument. These concessions are as follows:

1. Provincial laws cannot be relied on to provide the protection required by paragraph 58(5)(b);
2. A protection statement cannot rely on future statutory or regulatory instruments that are not in place at the time that the protection statement is issued;
3. The protection that must be provided is protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes—in this case, acoustics, water quality and availability of prey.

[238] As far as the merits are concerned then, this leaves the following outstanding points of contention between the parties:

1. Whether a provision of a protection statement under paragraph 58(5)(b) of SARA must be a legal provision;

[237] Dans la demande relative à l’arrêté de protection et la demande relative à la déclaration de protection, les défendeurs ont décidé au départ de ne pas me faire part d’observations sur le bien-fondé de ces demandes. Ils ont plutôt mis l’accent sur le caractère théorique et sur la raison pour laquelle je ne devais instruire ni l’une ni l’autre demande. Toutefois, ils ont depuis ce temps admis qu’il y a un certain fondement aux deux demandes. Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection, par exemple, ils ont admis à l’audience qu’une déclaration de protection ne peut pas reposer sur des lois provinciales et qu’elle ne peut être fondée que sur les mesures de protection, autres que celles que comporte la LEP, qui sont [TRADUCTION] « présentement en vigueur » à l’époque où la déclaration est émise. À la suite de la directive que la Cour a donnée aux défendeurs, à savoir qu’ils lui fassent part d’observations sur le bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection, les défendeurs ont maintenant, dans leurs observations écrites supplémentaires, fait d’autres concessions au sujet du bien-fondé des arguments des demandeurs. Ces concessions sont les suivantes :

1. on ne peut se fonder sur les lois provinciales pour assurer la protection qu’exige l’alinéa 58(5)b);
2. une déclaration de protection ne peut être fondée sur des textes légaux ou réglementaires futurs qui ne sont pas en vigueur à l’époque où la déclaration de protection est émise;
3. la protection à assurer est une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou l’une quelconque de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies.

[238] En ce qui concerne le bien-fondé des demandes, il subsiste donc entre les parties les points de désaccord suivants :

1. si une disposition d’une déclaration de protection émise en vertu de l’alinéa 58(5)b) de la LEP doit être une disposition légale;

2. Whether the legal protection must act as a substitute for the prohibition in subsection 58(1)—that is, it must be a mandatory, enforceable prohibition against destruction.

[239] There is no disagreement as to the applicable law when the Court has to consider exercising its discretion to hear a moot application. The discretion should be exercised only in exceptional circumstances in accordance with the three factors established by the Supreme Court of Canada in *Borowski*, above, at pages 358–362:

- a. the presence of an adversarial context;
- b. the concern for judicial economy;
- c. the need for the Court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function, which means that the Court must be sensitive to its role as the adjudicative branch in the Canadian political framework.

[240] In setting out the relevant criteria to consider, the Supreme Court of Canada, in *Borowski*, above, was careful to point out (at page 363) that this is not a mechanical process:

The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

Adversarial context

[241] Because the ministers, on both applications, initially chose not to address fully the merits raised by the applicants, it was not possible to assess precisely the full extent of the adversarial context. As already discussed, as part of the Protection Order application, the ministers conceded in oral argument that they did not now take issue with the scope of critical habitat put forward by the applicants. This appears to have

2. si la protection légale doit tenir lieu de substitut à l'interdiction prévue au paragraphe 58(1) — c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire.

[239] Il n'y a pas de désaccord quant au droit qui s'applique quand la Cour doit envisager d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour instruire une demande de nature théorique. Ce pouvoir ne doit être exercé que dans des circonstances exceptionnelles, conformément aux trois facteurs que la Cour suprême du Canada a établis dans l'arrêt *Borowski*, précité, aux pages 358 à 362 :

- a. la présence d'un contexte contradictoire;
- b. le souci de l'économie des ressources judiciaires;
- c. la nécessité pour la Cour d'être sensible à sa fonction véritable dans l'élaboration du droit, ce qui veut dire que la Cour doit être consciente de sa fonction juridictionnelle dans la structure politique canadienne.

[240] En énonçant les critères à prendre en considération, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Borowski*, précité, a pris soin de souligner (à la page 363 du recueil) qu'il ne s'agit pas d'un processus mécanique :

Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

Le contexte contradictoire

[241] Étant donné que les ministres, dans le cadre des deux demandes, ont décidé au départ de ne pas traiter entièrement du bien-fondé des arguments invoqués par les demandeurs, il a été impossible d'apprécier avec précision l'étendue complète du contexte contradictoire. Comme je l'ai déjà mentionné, dans le cadre de la demande relative à l'arrêté de protection, les ministres ont concédé lors des plaidoiries qu'ils ne contestaient

been prompted by Justice Campbell's decision in *Environmental Defence*, above.

[242] In relation to the Protection Statement application, following questions and directions from the Court, the respondents have conceded a great deal. However, they have also now revealed that their interpretation of section 58 of SARA is significantly at odds with that of the applicants on fundamental issues that have far-reaching implications for the protection of the resident killer whales as well as other species in danger of extinction and extirpation. The promptings of the Court have revealed that, indeed, there is an ongoing adversarial context between the parties that requires resolution.

[243] It emerged during argument that the applicants are particularly concerned by the ministers' reliance upon broad discretionary powers, such as those found in the *Fisheries Act*, as being equivalent to the mandatory protections contained in section 58 of SARA, and this crucial issue was not fully addressed by the respondents.

[244] All in all, then, I think I have to conclude that there is significant dispute concerning the respondents' duties under section 58 of SARA and that this dispute will continue unless the law is clarified concerning what non-SARA protections can legally be relied upon in a protection statement.

[245] I think it is also obvious that if this dispute is not resolved there could be serious collateral consequences for other species in need of protection but lacking champions to bring their cause before the Court. There is an urgency about species protection that is captured in the objectives and timelines found in SARA, and which suggests that this dispute should be settled quickly before collateral damage occurs.

plus la portée de l'habitat essentiel qu'avançaient les demandeurs. Cela semble être dû à la décision du juge Campbell dans l'affaire *Environmental Defence*, précitée.

[242] Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection, à la suite de questions et de directives de la Cour, les défendeurs en ont concédé une grande partie. Cependant, ils ont maintenant aussi révélé que leur interprétation de l'article 58 de la LEP contredit nettement celle des demandeurs au sujet de questions fondamentales qui sont lourdes de conséquences pour la protection des épaulards résidents ainsi que pour d'autres espèces qui risquent de disparaître du pays et de la planète. Les demandes de la Cour ont révélé qu'il existe bel et bien un contexte contradictoire qui oppose les parties et qui doit être réglé.

[243] Il est ressorti lors des plaidoiries que les demandeurs se soucient particulièrement du fait que les ministres considèrent de vastes pouvoirs discrétionnaires, comme ceux qui figurent dans la *Loi sur les pêches*, comme l'équivalent des protections impératives que contient l'article 58 de la LEP, et les défendeurs n'ont pas traité entièrement de cette question cruciale.

[244] Dans l'ensemble, donc, je crois qu'il me faut conclure qu'il existe un litige important au sujet des obligations qu'impose l'article 58 de la LEP aux défendeurs et que ce litige se poursuivra si l'on ne clarifie pas le droit quant aux mesures de protection autres que celles de la LEP que l'on peut légalement invoquer dans le cadre d'une déclaration de protection.

[245] Je crois qu'il est également évident que si ce litige n'est pas réglé, il pourrait y avoir de graves conséquences accessoires pour d'autres espèces à protéger, mais sans défenseurs pour soumettre leur cause à la Cour. La protection des espèces revêt un caractère urgent que saisissent les objectifs et les délais que l'on trouve dans la LEP, et cela donne à penser qu'il faudrait rapidement régler ce litige avant qu'il survienne des dommages indirects.

Judicial economy

[246] The respondents prefer that the dispute between the parties be settled on a case-by-case basis and that the Court not make decisions in a factual vacuum which might hamper future cases.

[247] While I recognize that I should not be making decisions in a factual vacuum, it seems to me that the dispute between the parties is not a factual dispute and that the question of what can be relied upon in a protection statement is clearly a question of law that is not fact dependent. For example, the respondents themselves have now stated clearly that the ministers cannot rely upon provincial laws and that they must refer to provisions that are in force at the time of the issuance of the protection statement.

[248] I recognize that, in theory at least, there could be some dispute concerning the effectiveness and scope of a particular provision or measure relied upon and set out in some “other Act of Parliament”, but I do not think that future cases would be hampered by a statutory interpretation of what SARA requires in terms of any particular provision or measure. It seems to me, in fact, that such statutory interpretation is inevitable before any particular provision or measure can be assessed.

[249] In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 20–21, the Supreme Court of Canada directed that the Court should “weigh the expenditure of scarce judicial resources ‘against the social cost of continued uncertainty in the law’”. In the case before me, significant judicial resources have already been expended in bringing before the Court a general point of law. This expenditure has a lot to do with the way the respondents have continued to resist points put forward by the applicants over time but which they now concede in open Court. If the continued uncertainty regarding the ministers’ obligations under SARA is allowed to continue this could put vulnerable species at risk. I see nothing to be gained, and much that could be lost, by postponing a

L’économie des ressources judiciaires

[246] Les défendeurs préfèrent que le litige opposant les parties soit réglé au cas par cas et que la Cour ne rende pas de décision en l’absence de faits, ce qui pourrait nuire à des causes futures.

[247] Je suis conscient qu’il ne faudrait pas que je rende de décisions en l’absence de faits, mais il me semble que le litige entre les parties n’est pas de nature factuelle et que la question de savoir sur quoi l’on peut se fonder dans une déclaration de protection est manifestement une question de droit qui ne dépend pas de faits. Par exemple, les défendeurs eux-mêmes ont maintenant clairement admis que les ministres ne peuvent pas se fonder sur des lois provinciales et qu’ils doivent faire référence à des dispositions qui sont en vigueur au moment où la déclaration de protection est faite.

[248] Je reconnais que, en théorie du moins, l’efficacité et la portée d’une disposition ou d’une mesure particulière sur laquelle on se fonderait et qui serait énoncée dans une « autre loi fédérale » pourraient susciter un certain désaccord, mais je ne crois pas qu’une interprétation de ce que la LEP exige en matière de dispositions ou de mesures particulières pourrait nuire à des causes futures. Il me semble, en réalité, qu’une telle interprétation de la Loi doit être faite avant que l’on puisse évaluer n’importe quelle disposition ou mesure particulière.

[249] Dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 20 et 21, la Cour suprême du Canada a prescrit que la Cour devait « soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du “coût social de l’incertitude du droit” ». En l’espèce, des ressources judiciaires considérables ont déjà été dépensées pour présenter à la Cour un point de droit général. Cette dépense est fortement liée à la façon dont les défendeurs ont continué de s’opposer aux points que les demandeurs ont invoqués à la longue, mais que les défendeurs concèdent maintenant à l’audience. Si on laisse persister l’incertitude constante entourant les obligations qu’impose aux ministres la LEP, cela pourrait mettre en danger des espèces vulnérables. Selon moi, il n’y a rien

decision on this issue until such time as another protection statement might be brought before the Court. As the applicants point out, continuing legal uncertainty will have environmental costs and vulnerable species could well be deprived of the full protection that SARA says they should have. This uncertainty undermines the overall purpose of SARA. The present dispute has national implications for all aquatic species at risk and the respondents' continued reliance upon ministerial discretion under statutes such as the *Fisheries Act* could affect endangered species generally. As the applicants point out, an endangered species is one facing imminent extirpation or extinction. Such species should not have to await full protection, which may not come for some time if this issue is not decided now. Those with an interest must know how the law governing protection statements is intended to apply. Many choices depend upon this, and those who educate the world about the scope of protection under SARA need to know now what the legal obligations of the ministers are.

[250] The dispute in the Protection Statement application raises a fundamental question of statutory interpretation based on the complete evidentiary record that is before me. The ministers' approach to these applications convinces me that the issue must be decided. Otherwise, DFO will continue to rely upon provisions and measures that do not legally protect the critical habitat of species at risk as SARA says it should be protected. The ministers have already conceded that: (a) a protection statement must, apart from section 11 conservation agreements, rely upon federal law; (b) the legal protection relied upon must be in force at the time the protection statement is issued; and (c) the provisions referred to and relied upon must protect all components of critical habitat. However, the ministers do not agree that: (a) only legal provisions can be cited in a protection statement; and (b) the provisions cited in a protection statement must be a substitute for the prohibition

à gagner, et beaucoup à perdre, en reportant une décision sur cette question jusqu'à ce qu'au jour où une autre déclaration de protection soit soumise à la Cour. Comme le font remarquer les demandeurs, la persistance d'une incertitude juridique aura des coûts environnementaux et il se pourrait fort bien que des espèces vulnérables soient privées de la protection complète qu'elles devraient avoir, selon la LEP. Cette incertitude mine l'objet global de la LEP. Le présent litige a des conséquences nationales pour toutes les espèces aquatiques en péril, et le fait que les défendeurs continuent de se fonder sur leurs pouvoirs discrétionnaires ministériels sous le régime de lois telles que la *Loi sur les pêches* pourrait toucher les espèces menacées en général. Comme le soulignent les demandeurs, une espèce en voie de disparition est une espèce qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète. Il ne faudrait pas que cette espèce doive attendre une protection complète, ce qui pourrait ne pas se faire avant un certain temps si l'on ne tranche pas cette question dès à présent. Les intéressés doivent savoir de quelle façon est censé s'appliquer le droit régissant les déclarations de protection. Bien des choix en dépendent, et ceux qui informent la planète de la portée de la protection que confère la LEP doivent savoir dès à présent quelles sont les obligations légales des ministres.

[250] Le litige que présente la demande relative à la déclaration de protection soulève une question fondamentale d'interprétation des lois, et celle-ci repose sur le dossier de preuve complet qui m'a été soumis. La manière dont les ministres abordent ces demandes me convainc qu'il est nécessaire de trancher la question. Sans cela, le MPO continuera de se fonder sur des dispositions et des mesures qui ne protègent pas légalement l'habitat essentiel d'espèces en péril comme il devrait l'être selon la LEP. Les ministres ont déjà concédé ce qui suit : a) une déclaration de protection doit, à part les accords de conservation conclus au titre de l'article 11, être fondée sur une loi fédérale; b) la protection légale sur laquelle on se fonde doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est émise; c) les dispositions auxquelles il est fait référence et sur lesquelles on se fonde doivent protéger tous les éléments de l'habitat essentiel. Cependant, les ministres ne conviennent pas

contained in subsection 58(1) of SARA and may not lawfully provide a lesser standard of legal protection.

[251] The Court must be wary of pronouncing judgments in the absence of a dispute affecting the rights of the parties. In my view, however, a decision on this issue will not lead to an unnecessary precedent. It will, rather, lead to a necessary precedent in an ongoing dispute where the public interest calls out for a speedy resolution.

[252] All in all, I think the applicants have established that, notwithstanding the mootness of the Protection Statement application, the Court should nevertheless hear and decide the fundamental issues of disagreement between the parties concerning what can lawfully be relied upon in a protection statement and whether the Protection Statement in this case was illegal for failing to provide the protections that SARA says the ministers owe to the resident killer whales.

Merits of Protection Statement application

[253] Generally speaking, I believe the applicants are correct in the assertions they make regarding the legal requirements for the provisions and measures that the ministers may rely upon in a protection statement. They are equally correct, in my view, in their assessment of the illegality of the Protection Statement at issue in this application.

Protection Statement

[254] A protection statement cites the provisions of other federal laws that legally protect critical habitat.

de ce qui suit : a) seules des dispositions légales peuvent être citées dans une déclaration de protection; b) les dispositions citées dans une déclaration de protection doivent tenir lieu de substitut à l'interdiction que contient le paragraphe 58(1) de la LEP et elles ne peuvent pas offrir, de manière légale, un niveau de protection légale inférieur.

[251] La Cour doit se garder de rendre des jugements en l'absence d'un litige touchant les droits des parties. Cependant, à mon avis, une décision sur cette question ne créera pas un précédent inutile. Elle mènera plutôt à un précédent nécessaire, au sein d'un litige qui perdure et pour lequel l'intérêt public exige une solution rapide.

[252] Somme toute, je crois que les demandeurs ont établi que, indépendamment du caractère théorique de la demande relative à la déclaration de protection, la Cour doit néanmoins entendre et trancher les points de désaccord fondamentaux entre les parties au sujet des éléments sur lesquels on peut se fonder de manière légale dans une déclaration de protection, ainsi que la question de savoir si, en l'espèce, l'Énoncé sur la protection était illégal parce qu'il omettait de fournir les mesures de protection que, d'après la LEP, les ministres sont tenus de prendre à l'égard des épaulards résidents.

Le bien-fondé de la demande relative à la déclaration de protection

[253] Je crois que, de façon générale, les demandeurs ont raison dans les affirmations qu'ils font au sujet des exigences légales concernant les dispositions et les mesures sur lesquelles les ministres peuvent se fonder dans une déclaration de protection. Ils ont également raison, selon moi, dans l'évaluation qu'ils font de l'illégalité de l'Énoncé sur la protection qui est en litige en l'espèce.

L'Énoncé sur la protection

[254] Une déclaration de protection cite les dispositions d'autres lois fédérales qui protègent légalement

These other provisions are intended, in my view, to substitute for the prohibition against the destruction of critical habitat in subsection 58(1) of SARA.

[255] If critical habitat is not protected directly under SARA, but by other federal legislation, compliance with and enforcement of those other federal laws is the responsibility of the agency charged with administering the legislation in question. See: Environment Canada, *Species at Risk Act Policies: Policies and Guidelines Series: Draft* (Ottawa: Minister of the Environment, 2009), at page 18 (Draft Species at Risk Policies).

[256] Two key points arise from this scheme. First, the protection against the destruction of critical habitat, provided by subsection 58(1) of SARA, applies only where a competent minister issues a protection order under subsection 58(4).

[257] Second, and importantly, the minister has, in my view, no discretion to “choose” to give critical habitat any lesser legal protection against destruction than the protection provided through a subsection 58(4) protection order. Put another way, in my view, a competent minister has no discretion to rely on a provision of another federal law unless that law provides an equal level of legal protection to critical habitat as would be engaged through subsections 58(1) and (4). If a provision cited in a protection statement does not legally protect critical habitat to a degree equalling the protection under subsection 58(1) and other SARA provisions, then the minister must issue a protection order.

Disagreement between the parties

[258] The Court’s direction to the respondents to provide supplementary submissions on the merits of the Protection Statement application has, at last,

l’habitat essentiel. Ces autres dispositions sont destinées, selon moi, à remplacer l’interdiction relative à la destruction de l’habitat essentiel que prévoit le paragraphe 58(1) de la LEP.

[255] Si l’habitat essentiel n’est pas protégé directement sous le régime de la LEP, mais par d’autres lois fédérales, c’est à l’organisme chargé d’appliquer les lois en question qu’incombe la responsabilité de respecter et de faire appliquer ces autres lois fédérales. Voir : Environnement Canada, *Politiques de la Loi sur les espèces en péril : Série de politiques et de lignes directrices : Ébauche* (Ottawa : Ministre de l’Environnement, 2009), à la page 19 (Politiques sur les espèces en péril : Ébauche).

[256] Il y a deux points importants qui découlent de ce régime. Premièrement, la protection relative à la destruction de l’habitat essentiel, que prévoit le paragraphe 58(1) de la LEP, ne s’applique que dans les cas où un ministre compétent prend un arrêté de protection en vertu du paragraphe 58(4).

[257] Deuxièmement, et ceci est important, le ministre n’a pas, selon moi, le pouvoir discrétionnaire de « décider » de conférer à l’habitat essentiel un degré de protection légale contre une destruction, qui soit inférieure au degré de protection que l’on offre par un arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4). Autrement dit, selon moi, un ministre compétent n’a pas le pouvoir discrétionnaire de se fonder sur une disposition d’une autre loi fédérale, sauf si cette loi procure un degré de protection légale de l’habitat essentiel qui est égal à celui que l’on offrirait par l’entremise des paragraphes 58(1) et (4). Si une disposition citée dans une déclaration de protection ne protège pas légalement l’habitat essentiel jusqu’à un point qui équivaut à la protection que prévoient le paragraphe 58(1) et d’autres dispositions de la LEP, cela signifie que le ministre doit prendre un arrêté de protection.

Le désaccord entre les parties

[258] La directive que la Cour a donnée aux défendeurs, c’est-à-dire fournir des observations supplémentaires sur le bien-fondé de la demande relative

allowed me to see precisely where and why the parties disagree. This was a necessary prelude to my decision on whether or not to hear a moot application and, having chosen to hear it, to my decision on the merits.

[259] The point of disagreement is fundamental and it involves an important point of statutory interpretation that has far-reaching implications for those who administer and/or who are bound by the scheme set up under SARA. Essentially, the main issue is as follows.

[260] The respondents say that Parliament intended to afford some flexibility for the manner in which critical habitat protection is provided. Any protection statement, including the Protection Statement at issue in this application, does not have to rely upon statutory provisions and instruments which provide protection “in the same manner as the protection order.”

[261] The respondents say that, under SARA, Parliament has provided the ministers with two options to protect critical habitat. The ministers can publish a protection statement setting out how critical habitat is “already protected”, or the ministers can make a protection order that puts in place a “prohibition against the destruction of any part of critical habitat”.

[262] The respondents concede that both options “must achieve the same goal—the protection of the location and identified attributes of critical habitat—but they are not required to do so in the same manner”.

[263] The respondents further concede as follows:

To be clear, the respondent [*sic*] only takes issue with the manner in which the applicants say protection must be provided in every case. The respondent [*sic*] agrees that the protection which must be provided is protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes – in this case, acoustics, water quality, and availability of prey.

à la déclaration de protection, m’a permis, enfin, de voir précisément où et pourquoi les parties sont en désaccord. Il s’agissait là d’un préluce nécessaire à ma décision concernant la question d’entendre ou non une demande de nature théorique et, après avoir décidé de l’entendre, à ma décision sur le bien-fondé de cette dernière.

[259] Le point de désaccord est fondamental et il met en cause un important point d’interprétation des lois qui est lourd de conséquences pour ceux qui appliquent le régime établi dans le cadre de la LEP, ou qui sont liés par lui. Essentiellement, le point principal est le suivant.

[260] Les défendeurs disent que le législateur entendait accorder une certaine souplesse quant à la façon de protéger l’habitat essentiel. Toute déclaration de protection, y compris celle qui est en litige dans la présente demande, n’a pas à être fondée sur des dispositions légales et des textes réglementaires qui assurent une protection [TRADUCTION] « de la même façon que l’arrêté de protection ».

[261] Les défendeurs disent que, sous le régime de la LEP, le législateur a donné aux ministres deux options pour protéger l’habitat essentiel. Ces derniers peuvent publier une déclaration de protection exposant la manière dont l’habitat essentiel est [TRADUCTION] « déjà protégé », ou ils peuvent prendre un arrêté de protection qui met en place une [TRADUCTION] « interdiction de détruire n’importe quelle partie de l’habitat essentiel ».

[262] Les défendeurs concèdent que ces deux options [TRADUCTION] « doivent atteindre le même but — la protection de l’emplacement et des caractéristiques désignées de l’habitat essentiel — mais ils ne sont pas tenus de le faire de la même manière ».

[263] Les défendeurs concèdent de plus ce qui suit :

[TRADUCTION] En clair, les défendeurs ne contestent que la façon dont les demandeurs disent que la protection doit être assurée dans tous les cas. Les défendeurs conviennent que la protection à assurer est une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou de n’importe quelle de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies.

[264] As opposed to the applicants, the respondents say that, to achieve the conceded extent of protection, an instrument or provision relied upon in a protection statement need not be a legal provision and a federal law “which provides protection in the form of a mandatory, enforceable prohibition against destruction”. The applicants’ approach, say the respondents, “ignores the structure of the SARA and makes meaningless the options provided to the Minister by Parliament in the text of s. 58”.

[265] It is immediately apparent, then, that the respondents believe that the protection of critical habitat under SARA can, at the option of the minister, take one of two forms. The minister can always, if he chooses, issue a protection order which will engage the mandatory prohibitions contained in SARA. But she or he can also choose to do something else: i.e. to issue a protection statement that does not need to provide protection in the form of a mandatory, enforceable prohibition against destruction.

[266] At first blush, it is difficult for the Court to see how a protection statement that does not rely upon a mandatory, enforceable prohibition against destruction of critical habitat can, as the respondents concede it must, provide protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes—in this case, acoustics, water quality and availability of prey. However, as the respondents explain it, the answer is to be found in the statutory interpretation of section 58 of SARA.

[267] The respondents say that subsection 58(1) of SARA sets out the prohibition against the destruction of physical habitat. But the subsection 58(1) prohibition is “subject to this section.” So this means, the respondents argue, that the subsection 58(1) prohibition does not apply unless the minister issues a protection order in which the critical habitat, or a portion thereof, is specified.

[268] The respondents agree that, although the minister can always issue a protection order, she or he

[264] Contrairement aux demandeurs, les défendeurs disent que, pour atteindre le degré de protection admis, il n’est pas nécessaire qu’un texte ou une disposition que l’on invoque dans une déclaration de protection soit une disposition légale et une loi fédérale [TRADUCTION] « qui assure une protection sous la forme d’une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire ». L’approche des demandeurs, disent les défendeurs, [TRADUCTION] « fait abstraction de la structure de la LEP et rend inutiles les options que le législateur offre au ministre dans le texte de l’article 58 ».

[265] Il apparaît tout de suite évident que les défendeurs croient que la protection de l’habitat essentiel que prévoit la LEP peut, au choix du ministre, revêtir l’une des deux formes suivantes : le ministre peut toujours, s’il le décide, prendre un arrêté de protection qui déclenchera les interdictions impératives que contient la LEP; mais il peut aussi décider de prendre une autre mesure : émettre une déclaration de protection qui n’a pas à assurer une protection sous la forme d’une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire.

[266] À première vue, il est difficile pour la Cour de voir comment une déclaration de protection qui n’est pas fondée sur une interdiction impérative et exécutoire concernant la destruction de l’habitat essentiel peut, comme les défendeurs admettent qu’elle le doit, assurer une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou de n’importe quelle de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies. Cependant, comme l’expliquent les défendeurs, la réponse se trouve dans l’interprétation de l’article 58 de la LEP.

[267] Les défendeurs disent que le paragraphe 58(1) de la LEP énonce l’interdiction relative à la destruction de l’habitat essentiel. Mais l’interdiction visée au paragraphe 58(1) est « Sous réserve des autres dispositions du présent article ». Cela signifie donc, disent-ils, que l’interdiction que prescrit le paragraphe 58(1) ne s’applique que si le ministre prend un arrêté de protection dans lequel l’habitat essentiel, ou une partie de ce dernier, est désigné.

[268] Les défendeurs conviennent que même si le ministre peut toujours prendre un arrêté de protection, il

is “required to do so [only] if the critical habitat, or a portion of it, is not otherwise protected as required by s. 58(5)”. Subsection 58(5) of SARA reads as follows:

58. ...

Obligation to make order or statement

(5) Within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, the competent minister must, after consultation with every other competent minister, with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2),

(a) make the order referred to in subsection (4) if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) if the competent minister does not make the order, he or she must include in the public registry a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.

[269] Giving these provisions their ordinary meaning within the full context of SARA, it seems to me that the minister is obliged to ensure, either through a protection order or a protection statement that critical habitat is “legally protected”. SARA itself tells us in section 57 that this is the overall purpose of section 58:

Purpose

57. The purpose of section 58 is to ensure that, within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat referred to in subsection 58(1) is included in the public registry, all of the critical habitat is protected by

(a) provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) the application of subsection 58(1).

[TRADUCTION] « est tenu de le faire [uniquement] si l’habitat essentiel, ou une partie de ce dernier, n’est pas par ailleurs protégé comme l’exige le paragraphe 58(5) ». Le texte du paragraphe 58(5) de la LEP est le suivant :

58. [...]

(5) Dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d’action ayant défini l’habitat essentiel, le ministre compétent est tenu, après consultation de tout autre ministre compétent, à l’égard de l’habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) :

a) de prendre l’arrêté visé au paragraphe (4), si l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11;

b) s’il ne prend pas l’arrêté, de mettre dans le registre une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement.

[269] Si l’on donne à ces dispositions leur sens ordinaire dans le contexte global de la LEP, il me semble que le ministre est tenu de s’assurer, soit au moyen d’un arrêté de protection soit au moyen d’une déclaration de protection, que l’habitat essentiel est « légalement protégé ». La LEP elle-même nous dit, à l’article 57, qu’il s’agit là de l’objet général de l’article 58 :

Obligation : arrêté ou déclaration

Objet

57. L’article 58 a pour objet de faire en sorte que, dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d’action ayant défini l’habitat essentiel visé au paragraphe 58(1), tout l’habitat essentiel soit protégé :

a) soit par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11;

b) soit par l’application du paragraphe 58(1).

[270] This brings us back to subsection 58(5) and the meaning of “legally protected”.

[271] The respondents appear to suggest that the “option” available to the minister under subsection 58(5) does not require that the protection relied upon in a protection statement be the same as, or equivalent to, the protection afforded by a protection order that brings into play the subsection 58(1) mandatory prohibition against destruction of critical habitat. The respondents put it as follows:

If the goal of Parliament was that critical habitat protection always take the form of a “mandatory, enforceable prohibition against destruction,” then paragraph 58(5)(b) would not have been included in the SARA.... This Court should not presume that the option of a protection statements [*sic*] was meaningless or that the provision of that option does not have a specific role to play in achieving the legislative purpose.

[272] In my view, this argument contains several fallacies. First of all, the meaning that the respondents ascribe to the word “option” is their meaning. It is not part of the SARA scheme nor a defined term. The respondents are saying that the minister can choose between a protection order and a protection statement provided there are provisions or measures under SARA or any other Act of Parliament that protect the critical habitat in question, or some portion thereof. It seems to me, however, that subsection 58(5) cannot be used to define “option” in this way. When read in context, subsection 58(5) mandates the minister to ensure that critical habitat is “legally protected”. The minister is obliged to make a protection order under paragraph 58(5)(a) “if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11”. Paragraph 58(5)(b) is there to oblige the minister to publish a protection statement, which will reveal why a protection order under paragraph 58(5)(a) is not required because the legal protection required under paragraph 58(5)(a) is already in place. I do not think that paragraph 58(5)(a) should, or can, be read so as to provide the minister with an “option” to forgo making a protection order under paragraph 58(5)(a) unless the

[270] Cela nous ramène au paragraphe 58(5) et au sens des mots « protégés légalement ».

[271] Les défendeurs semblent vouloir dire que l’« option » dont dispose le ministre en vertu du paragraphe 58(5) n’exige pas que la protection sur laquelle on se fonde dans une déclaration de protection soit la même que, ou l’équivalent de, la protection que confère un arrêté de protection qui fait entrer en jeu l’interdiction impérative du paragraphe 58(1) à l’égard de la destruction de l’habitat essentiel. Les défendeurs affirment ce qui suit :

[TRADUCTION] Si le but du législateur était que la protection de l’habitat essentiel revête toujours la forme d’une « interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire », l’alinéa 58(5)(b) n’aurait pas été inclus dans la LEP [...] La Cour ne devrait pas présumer que l’option d’une déclaration de protection était inutile ou que la disponibilité de cette option n’a pas un rôle précis à jouer dans la réalisation de l’objet de la Loi.

[272] À mon avis, cet argument contient plusieurs faussetés. Tout d’abord, le sens que les défendeurs donnent au mot « option » est le leur. Il ne fait pas partie du régime de la LEP, pas plus qu’il ne s’agit d’un terme défini. Ils disent que le ministre peut opter entre un arrêté de protection et une déclaration de protection à la condition qu’il existe des dispositions ou des mesures sous le régime de la LEP ou de n’importe quelle loi fédérale qui protègent l’habitat essentiel en question, ou une partie de ce dernier. Il me semble, cependant, qu’on ne peut pas se servir du paragraphe 58(5) pour définir le mot « option » de cette façon. Lu dans son contexte, le paragraphe 58(5) prescrit au ministre de veiller à ce que l’habitat essentiel soit « protégé légalement ». Le ministre est tenu de prendre un arrêté de protection en vertu de l’alinéa 58(5)(a) « si l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11 ». L’alinéa 58(5)(b) est là pour obliger le ministre à publier une déclaration de protection qui expliquera pourquoi il n’est pas nécessaire de prendre un arrêté de protection en vertu de l’alinéa 58(5)(a) parce que la protection légale qu’exige l’alinéa 58(5)(a) existe déjà. Je ne crois pas que l’alinéa 58(5)(b) devrait, ou peut, être lu de

alternative sources of protection are of the same kind, degree and scope as the protection afforded by paragraph 58(5)(a), which brings into play the mandatory legal prohibition against the destruction of critical habitat contained in subsection 58(1).

[273] I believe the respondents are aware of this because they concede that they take issue only with the “manner in which the applicants say protection must be provided in every case”. The respondents agree that “the protection which must be provided is protection against destruction of critical habitat or any of its identified attributes – in this case, acoustics, water quality, and availability of prey”.

[274] There are, however, several important issues that are not made clear in this concession:

- a. Must the degree, scope and kind of alternative protection relied upon in a protection statement be the same as that which a protection order would provide?
- b. Must the alternative protection relied upon be mandatory?
- c. Does the “option” claimed by the respondents allow the minister to rely upon alternative protection in a protection statement (provided all aspects of critical habitat are covered) even if the alternate provision or measure provides something less than a mandatory prohibition against the destruction of critical habitat, and/or the alternate provision or measure allows the minister a discretion in whether or not to enforce a prohibition or in granting licences and dispensations that would excuse compliance with the mandatory prohibitions the protection order brings into play?

[275] Reading the respondents’ submissions as a whole, it is clear to me that they are taking issue with

manière à procurer au ministre l’« option » de renoncer à prendre un arrêté de protection en vertu de l’alinéa 58(5)a), sauf si les sources de protection de rechange sont du même type, du même degré et de la même portée que la protection que confère l’alinéa 58(5)a), ce qui fait entrer en jeu l’interdiction légale et impérative de détruire l’habitat essentiel qui est contenue au paragraphe 58(1).

[273] Je crois que les défendeurs sont conscients de cela parce qu’ils concèdent qu’ils ne contestent que la [TRADUCTION] « façon dont les demandeurs disent que la protection doit être assurée dans tous les cas ». Ils conviennent que [TRADUCTION] « la protection à assurer est une protection contre la destruction de l’habitat essentiel ou de n’importe quelle de ses caractéristiques désignées — en l’occurrence, l’acoustique, la qualité de l’eau et la disponibilité de proies ».

[274] Il y a toutefois plusieurs questions importantes qui ne sont pas éclaircies dans cette concession :

- a. le degré, la portée et le type de protection de rechange sur laquelle on se fonde dans une déclaration de protection doivent-ils être les mêmes que ceux qu’un arrêté de protection accorderait?
- b. la protection de rechange sur laquelle on se fonde doit-elle être impérative?
- c. l’« option » dont parlent les défendeurs permet-elle au ministre de se fonder sur des mesures de protection de rechange dans une déclaration de protection (à la condition de viser tous les aspects de l’habitat essentiel) même si la disposition ou la mesure de rechange procure quelque chose de moins qu’une interdiction impérative à l’encontre de la destruction de l’habitat essentiel, et/ou la disposition ou la mesure de rechange confère-t-elle au ministre le pouvoir discrétionnaire d’appliquer ou non une interdiction ou d’accorder ou non des permis et des dispenses qui excluraient l’obligation de respecter les interdictions impératives que l’arrêté de protection fait entrer en jeu?

[275] En lisant les observations des défendeurs dans leur ensemble, il m’apparaît clairement qu’ils s’opposent

more than the “manner” in which the applicants say protection must be provided in every case.

[276] They concede that the alternate provisions and measures under paragraph 58(5)(b) must protect all aspects of critical habitat. However, they deny that the mandatory prohibitions that a protection order brings into play are required, and they, in my view, wish to reserve to the minister a discretion to trim and undercut the mandatory prohibitions of SARA where the minister feels that other competing interests (economic or otherwise) so require.

[277] In the end, the respondents wish to reserve to the minister as much discretion as possible concerning the extent to which the protection of critical habitat is required under SARA. DFO has already lost the first round of the debate about ministerial discretion that arose in the *Environmental Defence* case, above, and has been forced to confront the reality that critical habitat is more than just geospatial and includes all components of critical habitat.

[278] The submissions made by the respondents in this case—to the effect that Parliament intended to grant the minister an “option” that will give the minister, under certain circumstances, a discretion to modify and/or undercut the mandatory prohibitions of SARA—a further attempt, in my view, to reserve as much discretion to the minister as possible.

[279] This approach is problematic in two ways. First, it conflicts with a plain and ordinary reading of SARA in context. Second, it is contrary to Parliament’s expressed intent that the basic protections of SARA (to which there are exceptions) should be mandatory and should not rest with the discretion of particular ministers. These ministers, no doubt, will face enormous pressures from time to time to back away from or modify those mandatory prohibitions for purposes of political or economic expedience. As the parliamentary debates show, however, this is the very reason why Parliament opted for mandatory prohibition over ministerial

nettement plus qu’à la seule « façon » dont les demandeurs disent que la protection doit être assurée dans tous les cas.

[276] Ils concèdent que les dispositions et les mesures de rechange que prévoit l’alinéa 58(5)b doivent protéger tous les aspects de l’habitat essentiel. Cependant, ils nient que les interdictions impératives qu’un arrêté de protection fait entrer en jeu sont exigées et ils souhaitent, à mon avis, réserver au ministre le pouvoir discrétionnaire d’amoindrir les interdictions impératives de la LEP advenant qu’il estime que d’autres intérêts (économiques, par exemple) opposés l’exigent.

[277] En définitive, les défendeurs souhaitent réserver au ministre le maximum de pouvoirs discrétionnaires possible quant à la mesure dans laquelle il est nécessaire de protéger l’habitat essentiel sous le régime de la LEP. Le MPO a déjà perdu la première manche du débat entourant les pouvoirs ministériels discrétionnaires qui a pris naissance dans l’affaire *Environmental Defence*, précitée, et il a été contraint de faire face à la réalité selon laquelle l’habitat essentiel est plus qu’un simple espace géospatial et qu’il inclut tous ses éléments constitutifs.

[278] Les observations que les défendeurs ont faites dans la présente affaire — à savoir que le législateur entendait accorder au ministre une « option » qui confère à ce dernier, dans certaines circonstances, le pouvoir discrétionnaire d’amoindrir les interdictions impératives de la LEP — constitue, selon moi, une autre tentative pour réserver au ministre le maximum de pouvoirs discrétionnaires possible.

[279] Cette approche pose problème de deux façons. Premièrement, elle entre en conflit avec une lecture simple et ordinaire de la LEP dans son juste contexte. Deuxièmement, elle est contraire à l’intention que le législateur a exprimée, à savoir que les mesures de protection fondamentales de la LEP (pour lesquelles il existe des exceptions) devraient être impératives et ne pas relever du pouvoir discrétionnaire de ministres particuliers. Ces derniers, sans aucun doute, subiront de temps à autre d’énormes pressions pour qu’ils prennent leurs distances par rapport à ces interdictions impératives, ou qu’ils les modifient, par souci de commodité

discretion, and I believe that, when read in context, paragraph 58(5)(b) cannot be read in the way suggested by the respondents.

[280] As the submissions and the evidence before me show, the ministers would much prefer to use the discretionary powers under a statute such as the *Fisheries Act* than accept the mandatory prohibitions of SARA. I can understand why. However, I think Parliament intended otherwise. The ministers are free to take this matter up with Parliament if they feel the SARA scheme does not allow them the discretion they need.

[281] In order to support their reading of paragraph 58(5)(b) the respondents evoke the specific reference to section 11 agreements found in that subsection:

... the specific reference to s. 11 agreements is an important piece of the puzzle when conducting a statutory interpretation exercise. Section 11 agreements are not listed as an exception to the criteria which precedes the reference to them, but as an example of something which meets those criteria – the word used is “including.”

[282] The respondents cite the reference to section 11 agreements as “evidence of Parliament’s intention that the instruments relied on in a protection statement can take a different form than the protection provided by an order putting in place the prohibition against destruction”.

[283] The respondents’ argument on this point is important and should be referred to in full:

politique ou économique. Comme l’illustrent les débats parlementaires, cependant, c’est exactement pour cela que le Parlement a opté pour une interdiction impérative plutôt que pour un pouvoir ministériel discrétionnaire, et je crois que, pris dans son contexte, l’alinéa 58(5)b) ne peut pas être interprété de la manière voulue par les défendeurs.

[280] Comme le montrent les observations et les éléments de preuve qui m’ont été soumis, les ministres préféreraient nettement mieux utiliser les pouvoirs discrétionnaires qu’accorde une loi telle que la *Loi sur les pêches* que de souscrire aux interdictions impératives que comporte la LEP. Je puis comprendre pourquoi. Cependant, je crois que le législateur avait une autre intention. Il est loisible aux ministres de soumettre l’affaire au Parlement s’ils jugent que le régime de la LEP ne leur accorde pas le pouvoir discrétionnaire dont ils ont besoin.

[281] Pour étayer leur interprétation de l’alinéa 58(5)b), les défendeurs invoquent la référence précise qui est faite dans ce paragraphe aux accords conclus au titre de l’article 11 :

[TRADUCTION] [...] la référence précise qui est faite aux accords conclus au titre de l’article 11 est une pièce importante du casse-tête auquel on a affaire lorsqu’on effectue un exercice d’interprétation de la Loi. Les accords conclus au titre de l’article 11 ne sont pas inscrits comme une exception aux critères qui précèdent la référence qui y est faite, mais à titre d’exemple d’une chose qui satisfait à ces critères — le mot employé est « notamment ».

[282] Les défendeurs disent de la référence faite aux accords conclus au titre de l’article 11 qu’il s’agit d’une [TRADUCTION] « preuve de l’intention du législateur que les textes sur lesquels on se fonde dans une déclaration de protection peuvent revêtir une forme différente de celle de la protection que confère un arrêté mettant en place l’interdiction de destruction ».

[283] L’argument des défendeurs sur ce point est important, et il convient d’y faire référence en entier :

[TRADUCTION]

18. Section 11 agreements “must provide for the taking of conservation measures” including monitoring the status of the species, implementing education programs, recovery strategies, action plans and management plans, protecting the species’ habitat and undertaking research projects. They are not a “federal law” and do not necessarily provide “a mandatory, enforceable prohibition against destruction” as the applicants suggest any instruments included in a protection statement must. Section 11 agreements are designed to be used in a wide variety of different circumstances involving many different kinds of parties to such agreements and flexibility in the terms of such agreements is important and provided for by s. 11 itself.

19. It is apparent, based on the inclusion of s. 11 agreements in the list of instruments that provide legal protection, that Parliament intended that the alternative to a protection order contain some flexibility in the manner of protection. This is logical as habitats are often complicated ecosystems and may cover vast areas which are also utilized by humans and other species, some of which may also be at risk and have different needs. Flexibility in how to address the complicated issue of the protection of such areas is necessary. A straight prohibition against the destruction of habitat would not, in all circumstances, be the most appropriate approach.

[284] The respondents appear to be suggesting that, provided a section 11 agreement exists, then the minister is thereby granted “some flexibility in the manner of protection” that is less than, or different from a “straight prohibition against the destruction of habitat”. In my view, paragraph 58(5)(a) cannot be read in this way. Once again, the respondents are attempting to incorporate into subsection 58(5) a ministerial discretion that was not intended by Parliament.

[285] In my view, it cannot be just any section 11 agreement that allows the minister to opt out of the mandatory obligation imposed by subsection 58(5) to provide legal protection for critical habitat. The section 11 agreement referred to in paragraph 58(5)(a) would have to be one that legally protects critical habitat in such a way that the mandatory prohibitions triggered

18. Les accords conclus au titre de l’article 11 doivent « prévoir des mesures de conservation », ce qui inclut le suivi de la situation de l’espèce, la mise en oeuvre de programmes d’éducation, de programmes de rétablissement, de plans d’action et de plans de gestion, la protection de l’habitat de l’espèce et la mise sur pied de projets de recherche. Ces accords ne sont pas une « loi fédérale » et ne prévoient pas nécessairement [TRADUCTION] « une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire », comme doivent le faire, d’après les demandeurs, tous les textes inclus dans une déclaration de protection. Les accords conclus au titre de l’article 11 sont conçus pour être utilisés dans un large éventail de situations différentes, et ils mettent en cause de nombreux types différents de parties, et la souplesse de ces accords est importante et prévue par l’article 11 même.

19. Il est évident, d’après l’inclusion des accords conclus au titre de l’article 11 dans la liste des textes qui procurent une protection légale, que le législateur entendait que la solution de rechange à un arrêté de protection contienne une certaine souplesse quant à la protection accordée. Cela est logique, car les habitats sont des écosystèmes souvent compliqués, et ils peuvent couvrir de vastes superficies qui sont également utilisées par les humains et d’autres espèces, dont certaines peuvent être aussi en péril et avoir des besoins différents. Il est nécessaire de faire preuve de souplesse dans la façon de s’attaquer à la question complexe que constitue la protection de ces aires. Une interdiction directe de destruction de l’habitat ne serait pas, en toutes circonstances, la solution la plus appropriée.

[284] Les défendeurs semblent laisser entendre que, à la condition qu’il existe un accord conclu au titre de l’article 11, le ministre bénéficie ainsi d’une [TRADUCTION] « certaine souplesse en matière de protection », c’est-à-dire du choix d’une protection moindre qu’une [TRADUCTION] « interdiction simple de détruire l’habitat », ou d’une protection différente de cette dernière. À mon avis, l’alinéa 58(5)a ne peut pas être interprété de cette façon. Une fois de plus, les défendeurs tentent d’intégrer au paragraphe 58(5) un pouvoir ministériel discrétionnaire que le législateur n’a pas prévu.

[285] À mon avis, ce ne peut pas être n’importe quel accord conclu au titre de l’article 11 qui permet au ministre de s’exclure de l’obligation impérative qu’il impose le paragraphe 58(5), c’est-à-dire protéger légalement l’habitat essentiel. L’accord conclu au titre de l’article 11 dont il est question à l’alinéa 58(5)a serait forcément celui qui protège également l’habitat essentiel de

by a protection order are not required. This can occur only if the protection to critical habitat provided by a section 11 agreement is the same as, or equivalent to, a mandatory prohibition under section 58. I do not think paragraph 58(5)(a) can be read as giving the minister the flexibility to dispense with the prohibition against the destruction of critical habitat because that minister may decide, in her or his discretion, that “in all circumstances” such a prohibition would not be appropriate. This would be to import political and other expediencies into the SARA scheme when Parliament has clearly decided to relieve individual ministers of the problems associated with expediency by requiring a mandatory prohibition.

[286] In a further attempt to support the respondents’ interpretation of section 58 of SARA, the following argument is adduced:

21. However, when assessing the protection provided it is important to keep in mind that the protection is against *destruction*. In contrast, the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, protects fish habitat against harmful alteration, disruption or destruction. Despite the long established law under the *Fisheries Act*, Parliament chose not to use those terms in the SARA, but to only protect against destruction. Given the use of the separate terms in the *Fisheries Act*, destruction must mean something greater than harmful alteration or disruption.

[287] It is apparent throughout the respondents’ submissions that the ministers much prefer the discretions and flexibility of the *Fisheries Act* to the mandatory obligations of SARA. Given the demands of ministerial office, this is perfectly understandable. The problem with the discretionary approach to species protection in this context, however, is that it was extensively urged debated in Parliament, and it was rejected by Parliament. DFO is attempting, in its interpretation of SARA, to maintain this rejected approach, which may very well have been a more convenient one, given the many competing interests DFO is bound to consider. That said, the *Fisheries Act* is an old statute. Parliament

façon telle que les interdictions impératives que déclenchent un arrêté de protection ne sont pas exigées. Cela ne peut avoir lieu que si la protection de l’habitat essentiel qu’assure l’accord conclu au titre de l’article 11 est le même qu’une interdiction impérative visée à l’article 58, ou l’équivalent. Je ne crois pas que l’on puisse considérer que l’alinéa 58(5)a) confère au ministre la souplesse nécessaire pour être dispensé de l’interdiction de détruire l’habitat essentiel parce que ce ministre peut décider, à sa discrétion, que [TRADUCTION] « en toutes circonstances », une telle interdiction serait inappropriée. Cela reviendrait à importer dans le régime de la LEP des commodités politiques et d’autre nature, alors que le législateur a clairement décidé d’éviter aux ministres les problèmes associés à ce genre de commodités en exigeant une interdiction impérative.

[286] Dans une autre tentative qu’ils font pour étayer leur interprétation de l’article 58 de la LEP, les défenseurs invoquent l’argument suivant :

[TRADUCTION]

21. Cependant, quand on évalue la protection assurée, il est important de garder à l’esprit que cette protection concerne la destruction. Par contraste, la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, protège l’habitat du poisson contre sa détérioration, sa destruction ou sa perturbation. Malgré les règles de droit établies de longue date sous le régime de la *Loi sur les pêches*, le législateur a décidé de ne pas employer ces termes dans la LEP, mais uniquement d’assurer une protection contre la destruction. Étant donné que l’on emploie des termes distincts dans la *Loi sur les pêches*, la destruction désigne forcément quelque chose de plus important qu’une détérioration ou une perturbation.

[287] Il ressort clairement de toutes les observations des défenseurs que les ministres préfèrent nettement les pouvoirs discrétionnaires et la souplesse de la *Loi sur les pêches* que les obligations impératives de la LEP. Vu les exigences de la fonction de ministre, cela est parfaitement compréhensible. Le problème que pose l’approche discrétionnaire à l’égard de la protection d’une espèce dans ce contexte, cependant, c’est qu’elle a été abondamment défendue et débattue au Parlement, et que ce dernier l’a rejetée. Le MPO tente, dans son interprétation de la LEP, de maintenir cette approche rejetée, qui aurait pu fort bien être plus commode, compte tenu du grand nombre d’intérêts opposés que le MPO

recognized that times have changed and that a more coercive approach was necessary for species protection. If the *Fisheries Act* provided the ministers with the kind of approach to species protection that Parliament considered necessary under today's circumstances, it is difficult to see why SARA was considered necessary or why Parliament did not make it clear that the older, discretionary approach that is embodied in the *Fisheries Act* would continue under SARA. The debates in Parliament show a clear intention that SARA would not continue the old approach.

[288] The use of different terms in the *Fisheries Act* cannot, in my view, support the respondents' interpretation of section 58 of SARA. The meaning of "destruction" is not before me in this application and has not been fully argued with proper evidence and legal authority.

[289] The respondent here seeks to explain some of the inappropriate policies, guidelines and instruments actually referred to in the Protection Statement as being "additional measures which assist in or support the protection of critical habitat provided by other instruments."

[290] This is a rationalization after the fact. There is no evidence before me to support an argument that the ministers were referring to "additional measures" other than those provisions and measures upon which they relied to avoid having to make a protection order. The Protection Statement itself does not make this distinction, and I have no evidence to suggest that this is what DFO intended.

Legal requirements of a protection statement

[291] The applicants challenge the lawfulness of the Protection Statement because it relies on "tools", such

doit forcément prendre en considération. Cela dit, la *Loi sur les pêches* est une loi ancienne. Le Parlement a reconnu que les temps avaient changé et qu'il était nécessaire d'adopter une approche plus coercitive à l'égard de la protection des espèces. Si la *Loi sur les pêches* offre aux ministres le genre d'approche à l'égard de la protection des espèces que le Parlement juge nécessaire dans les circonstances actuelles, il est difficile de savoir pourquoi la LEP a été considérée comme nécessaire ou pourquoi le Parlement n'a pas dit clairement que l'approche ancienne et discrétionnaire qui est intégrée à la *Loi sur les pêches* se poursuivrait sous le régime de la LEP. Il ressort clairement des débats parlementaires que la LEP ne poursuivrait pas l'ancienne approche.

[288] L'emploi de termes différents dans la *Loi sur les pêches* ne peut, selon moi, étayer l'interprétation que font les défendeurs de l'article 58 de la LEP. Le sens du mot « destruction » n'a pas été soumis dans le cadre de la présente demande et on ne l'a pas pleinement débattu en se fondant sur des éléments de preuve et des précédents appropriés.

[289] En l'espèce, les défendeurs tentent d'expliquer certains des textes, des politiques et des lignes directrices inappropriés auxquels il est fait référence dans l'Énoncé sur la protection en disant qu'il s'agit de [TRADUCTION] « mesures additionnelles qui étayent la protection de l'habitat essentiel qu'offrent d'autres instruments ».

[290] Il s'agit là d'une rationalisation après coup. On ne m'a soumis aucune preuve à l'appui de l'argument selon lequel les ministres faisaient référence à des « mesures additionnelles » autres que les dispositions et les mesures sur lesquelles ils se sont fondés pour éviter d'avoir à prendre un arrêté de protection. L'Énoncé sur la protection lui-même ne fait pas cette distinction, et je n'ai en main aucune preuve qui donne à penser qu'il s'agit là de ce que le MPO envisageait.

Les exigences légales d'une déclaration de protection

[291] Les demandeurs contestent le caractère légal de l'Énoncé sur la protection parce que celui-ci se fonde sur

as non-statutory instruments, provincial laws, prospective laws and discretionary laws, to protect critical habitat. The applicants submit that a provision cited in a protection statement under paragraph 58(5)(b) of SARA must, at a minimum, meet the following five criteria:

1. it must be a legal provision;
2. apart from section 11 conservation agreements, it must be a federal law;
3. the legal protection relied on must be in force at the time the protection statement is issued;
4. the legal protection must act as a substitute for the prohibition in subsection 58(1)—it must be a mandatory, enforceable prohibition against destruction;
5. the legal provisions must protect all components of critical habitat.

[292] These criteria are derived from an examination of the words in paragraph 58(5)(b), read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in a way that is harmonious with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. See *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26.

Plain Language Interpretation of Paragraph 58(5)(b)

[293] At the material time, paragraph 58(5)(b) of SARA described a protection statement as “a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.”

[294] The use of the word “legally” to modify “protected”, taken in conjunction with the reference to

des « outils », comme des instruments non réglementaires, des lois provinciales, des lois prospectives et des lois d’application facultative, pour protéger l’habitat essentiel. Selon les demandeurs, une disposition citée dans une déclaration de protection publiée en vertu de l’alinéa 58(5)b) de la LEP doit, à tout le moins, satisfaire aux cinq critères suivants :

1. il doit s’agir d’une disposition légale;
2. à part les accords de conservation conclus au titre de l’article 11, il doit s’agir d’une disposition légale fédérale;
3. la protection légale sur laquelle on se fonde doit être en vigueur au moment où la déclaration de protection est faite;
4. la protection légale doit tenir lieu de substitut à l’interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) — il doit s’agir d’une interdiction de destruction qui soit impérative et exécutoire;
5. les dispositions légales doivent protéger tous les éléments de l’habitat essentiel.

[292] Ces critères découlent d’un examen des mots de l’alinéa 58(5)b), lus dans leur contexte global et en suivant leur sens ordinaire et grammatical, d’une manière qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26.

L’interprétation fondée sur le sens ordinaire de l’alinéa 58(5)b)

[293] Au moment des faits litigieux, l’alinéa 58(5)b) de la LEP décrivait une déclaration de protection comme suit : « une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement ».

[294] L’emploi du mot « légalement » pour modifier le mot « protégés » dans l’alinéa 58(5)b), de pair avec

“provisions in or measures under” an “Act of Parliament,” in paragraph 58(5)(a) confirm that a provision cited in a protection statement should be a law or regulation as opposed to a policy or guideline. It is also clear that a protection statement is supposed to cite provisions of or under a federal law, as opposed to provisions of provincial or municipal laws.

[295] Sections 57 and 58 communicate urgency. Paragraph 58(5)(b) is written in the present tense. A protection statement must set out how the critical habitat or portions of it, “are” legally protected—not how critical habitat could be or will be legally protected. Such protection must be in place within 180 days of the recovery strategy. As now conceded by the respondents, provisions cited in a protection statement cannot include plans for future legal protection.

Role of a Protection Statement within the SARA Scheme

[296] As the applicants point out, a protection statement recognizes that protection under SARA is not required in certain instances where that protection is already provided under some other federal law. A protection statement avoids duplication of already existing legal protection.

[297] Within the SARA scheme, a protection statement acts as a substitute for a protection order. Hence, the provisions cited in a protection statement act in place of the prohibition in subsection 58(1) and the permitting provision in section 73 of SARA. Importantly, in my view, the provisions cited in a protection statement are intended to provide the same protection for critical habitat as that provided by a protection order.

la référence faite dans l’alinéa 58(5)a) aux « dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime », confirme qu’une disposition citée dans une déclaration de protection doit être une disposition légale ou réglementaire, par opposition à une politique ou à une directive. Il est clair aussi qu’une déclaration de protection est censée citer les dispositions d’une loi fédérale ou une disposition établie sous le régime d’une telle loi, par opposition aux dispositions de lois provinciales ou de règlements municipaux.

[295] Les articles 57 et 58 font état d’un sentiment d’urgence. L’alinéa 58(5)b) est écrit au présent. Une déclaration de protection doit énoncer de quelle façon l’habitat essentiel ou des parties de celui-ci « sont » légalement protégés — et non la façon dont l’habitat essentiel pourrait être, ou sera, légalement protégé. Cette protection doit être mise en place dans les 180 jours qui suivent le programme de rétablissement. Comme l’ont maintenant concédé les défendeurs, les dispositions citées dans une déclaration de protection ne peuvent pas inclure de plans de protection légale futurs.

Le rôle d’une déclaration de protection sous le régime de la LEP

[296] Comme les demandeurs le font remarquer, une déclaration de protection reconnaît qu’il n’est pas nécessaire d’accorder une protection sous le régime de la LEP dans certaines circonstances où cette protection est déjà assurée en vertu d’une autre loi fédérale. Une déclaration de protection évite de dédoubler une protection légale déjà existante.

[297] Sous le régime de la LEP, une déclaration de protection tient lieu de substitut à un arrêté de protection. Les dispositions citées dans une déclaration de protection remplacent donc l’interdiction dont il est question au paragraphe 58(1) et la disposition qui, à l’article 73 de la LEP, permet de délivrer un permis. Fait important, selon moi, les dispositions que l’on cite dans une déclaration de protection visent à assurer, pour l’habitat essentiel, la même protection que celle qu’assure un arrêté de protection.

[298] According to a draft policy recently released by Environment Canada, the determination of whether critical habitat is legally protected requires consideration of whether the provisions cited in the protection statement prevent potentially destructive activities (such as the activities identified in the relevant recovery strategy) that are likely to destroy critical habitat. This approach confirms that, like the prohibition in subsection 58(1), provisions cited in protection statements must prevent activities that could destroy parts of the critical habitat. See Draft Species at Risk Policies, above, at page 15.

Intention of Parliament—Habitat Protection Must be Mandatory and Meaningful

[299] The legislative history of section 58, as cited by the applicants, illustrates that parliamentarians recognized that critical habitat protection under SARA must be mandatory and not discretionary. Parliament did not intend to allow ministers to “choose” whether to protect critical habitat.

Protection Statement Unlawfully Includes Non-Statutory Instruments

[300] The Protection Statement in this application cites the following non-statutory instruments: code of conduct and outreach initiatives; whale-watching guidelines; a statement of practice with respect to the mitigation of seismic sound in the marine environment; sensitive benthic areas policy; wild salmon policy; integrated fisheries management plans; and military sonar protocols. These are policies, not laws that legally protect critical habitat from destruction.

[301] The Federal Court of Appeal has confirmed that it is trite law that ministerial policy does not, and cannot, bind the minister. While non-statutory instruments may affect behaviour, they do not compel behaviour. Policies

[298] Selon une ébauche de politique qu’Environnement Canada a récemment rendue publique, la question de savoir si l’habitat essentiel est légalement protégé oblige à examiner si les dispositions citées dans la déclaration de protection permettent d’éviter les activités potentiellement destructrices (comme celles qui sont désignées dans le programme de rétablissement applicable) qui risquent de détruire l’habitat essentiel. Cette approche confirme que, à l’instar de l’interdiction mentionnée au paragraphe 58(1), les dispositions citées dans les déclarations de protection doivent éviter les activités qui sont susceptibles de détruire des éléments de l’habitat essentiel. Voir Politiques sur les espèces en péril : Ébauche, précitée, à la page 15.

L’intention du Parlement — la protection de l’habitat doit être impérative et sérieuse

[299] L’historique législatif de l’article 58, que les demandeurs ont cité, illustre que les parlementaires ont reconnu que la protection qu’offre la LEP à l’habitat essentiel doit être impérative et non discrétionnaire. Le Parlement n’envisageait pas que les ministres puissent « choisir » de protéger l’habitat essentiel ou non.

L’Énoncé sur la protection inclut de manière illégale des textes non réglementaires

[300] L’Énoncé sur la protection dont il est question dans la présente demande cite les textes non réglementaires suivants : codes de conduite et initiatives de sensibilisation, directives sur l’observation des baleines, énoncé de pratiques en rapport avec l’atténuation des sons sismiques en milieu marin, politique sur les zones benthiques vulnérables, politique sur le saumon sauvage, plan de gestion intégrée des pêches, protocole relatif aux sonars militaires. Il s’agit là de politiques, et non pas de lois qui protègent légalement l’habitat essentiel contre sa destruction.

[301] La Cour d’appel fédérale a confirmé qu’il est bien établi en droit qu’une politique ministérielle ne lie pas le ministre et ne peut pas le lier. Des instruments non réglementaires peuvent avoir une incidence sur le

may guide, but they do not bind. See *Arsenault*, above, at paragraph 38; and *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraph 28.

[302] As Canada conceded in *Ahousaht Indian Band*, above, at paragraph 752, “DFO policies ... do not ... bind or confine the Minister in his or her exercise of that discretion.” Judicial consideration of DFO policy has consistently held that it is non-binding. Courts have also held that whale-watching guidelines and fisheries management plans are not legally binding. See *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraph 28; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. No. 4101 (Prov. Ct.) (QL) and *Arsenault*, above, at paragraphs 33, 38 and 43.

[303] Courts have given legal effect to a “guideline” or “policy” in limited instances where the enabling statute mandates the issuance of the policy, the policy is mandatory and a prohibition attaches to a failure to follow the policy. This is not the case with the policies cited in the Protection Statement presently before the Court. See *Oldman River*, above, at pages 33, 35–36; and *Glowinski*, above, at paragraphs 40 and 43.

[304] Additionally, as explained in the Wallace affidavit, at the time the Protection Statement was issued a number of the policies cited therein were not yet finalized or implemented and some of the policies do not even apply to the resident killer whales’ critical habitat.

Protection Statement Unlawfully Cites Possible Future Provisions

[305] The Protection Statement cites legislative tools that the DFO might use in the future to protect critical habitat from destruction.

comportement, mais ils n’obligent pas à se comporter d’une certaine façon. Les politiques peuvent guider, mais elles ne lient pas. Voir l’arrêt *Arsenault*, précité, au paragraphe 38, et l’arrêt *Carpenter Fishing Corp.*, précité, au paragraphe 28.

[302] Comme le Canada l’a concédé dans la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752, [TRADUCTION] « les politiques du MPO [...] ne [...] lient ni ne confinent le ministre dans la façon d’exercer ce pouvoir discrétionnaire ». Ceux qui ont procédé à un examen judiciaire des politiques du MPO ont systématiquement conclu que ces dernières ne sont pas contraignantes. Les tribunaux ont également conclu que les directives sur l’observation des baleines et les plans de gestion de la pêche ne sont pas légalement contraignants. Voir les décisions *Carpenter Fishing Corp.*, précitée, au paragraphe 28; *R. v. Richards*, [1991] B.C.J. n° 4101 (C.P.) (QL), et *Arsenault*, précitée, aux paragraphes 33, 38 et 43.

[303] Les tribunaux ont conféré force de loi à une « directive » ou à une « politique » dans des cas restreints où la loi habilitante exige la publication de la politique, où la politique est impérative et où une interdiction est assortie au défaut de se conformer à la politique. Cela n’est pas le cas des politiques citées dans la déclaration de protection dont la Cour est actuellement saisie. Voir l’arrêt *Oldman River*, précité, aux pages 33, 35 et 36; ainsi que la décision *Glowinski*, précitée, aux paragraphes 40 et 43.

[304] De plus, comme il a été expliqué dans l’affidavit de Wallace, lorsque l’Énoncé sur la protection a été fait, un certain nombre des politiques qui y sont citées n’étaient pas encore au point ou mises en œuvre, et certaines d’entre elles ne s’appliquent même pas à l’habitat essentiel des épaulards résidents.

L’Énoncé sur la protection cite de manière illégale d’éventuelles dispositions futures

[305] L’Énoncé sur la protection cite des outils légaux dont le MPO pourrait se servir ultérieurement pour protéger l’habitat essentiel contre sa destruction.

[306] As the respondents now concede, a protection statement cannot cite and rely upon prospective laws or those that require some subsequent step, such as the issuance of a regulation, to engage or trigger legal protection. Provisions that rely on the prospective exercise of legislative authority cannot and do not legally protect until that authority is exercised.

[307] This point is confirmed in case law under the American *Endangered Species Act of 1973*, 16 U.S.C. §§ 1531–1544 (2006). For example, in *Greater Yellowstone Coalition*, above, at page 1116, the U.S. Federal Court, in considering whether existing regulatory mechanisms were adequate to protect the grizzly bear population, held that “[p]romises of future, speculative action are not existing regulatory mechanisms.”

[308] The Protection Statement in the present case unlawfully relies on speculative or future regulatory action to protect critical habitat. For example, the Protection Statement cites sections 35 and 36 of the *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, as legally protecting critical habitat. These provisions allow the Minister of Fisheries and Oceans to designate and manage marine protected areas. However, there are no legally designated marine protected areas in existence, under section 35 or 36 of the *Oceans Act*, in the critical habitat of the resident killer whales. See *Oceans Act*, sections 31, 35 and 36; Wallace affidavit, at paragraphs 75–77.

[309] In addition, a marine protected area under the *Oceans Act* cannot be cited in a protection statement under subsection 58(5). Critical habitat falling within a marine protected area already requires a distinct type of protection order under subsections 58(2) and (3).

[310] DFO’s reliance on the prospective or future ability to regulate toxins that could destroy critical

[306] Comme les défendeurs le concèdent maintenant, une déclaration de protection ne peut citer et invoquer des lois prospectives ou celles qui exigent la prise d’une mesure ultérieure, comme un règlement, pour engager ou déclencher une protection légale. Les dispositions qui se fondent sur l’exercice prospectif d’un pouvoir législatif ne peuvent pas exercer une protection légale, et elles ne le font pas, avant que l’on exerce ce pouvoir.

[307] Ce point est confirmé dans la jurisprudence sous le régime de la *Endangered Species Act of 1973*, 16 U.S.C. §§ 1531 à 1544 (2006), aux États-Unis. Par exemple, dans la décision *Greater Yellowstone Coalition*, précitée, à la page 1116, la Cour fédérale des États-Unis, en examinant si des mécanismes réglementaires existants étaient suffisants pour protéger la population d’ours bruns, a conclu que [TRADUCTION] « les promesses de mesures hypothétiques futures ne constituent pas un mécanisme réglementaire existant ».

[308] En l’espèce, l’Énoncé sur la protection se fonde de manière illégale sur des mesures réglementaires hypothétiques ou futures pour protéger l’habitat essentiel. Par exemple, il cite les articles 35 et 36 de la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, comme source de protection légale de l’habitat essentiel. Ces dispositions permettent au ministre des Pêches et des Océans de désigner et de gérer des zones de protection marines protégées. Cependant, dans l’habitat essentiel des épaulards résidents, il n’existe aucune zone de protection marine légalement désignée en vertu des articles 35 ou 36 de la *Loi sur les océans*. Voir la *Loi sur les océans*, articles 31, 35 et 36; l’affidavit de M. Wallace, aux paragraphes 75 à 77.

[309] En outre, une zone de protection marine visée par la *Loi sur les océans* ne peut pas être citée dans une déclaration de protection publiée en vertu du paragraphe 58(5). L’habitat essentiel qui est situé dans une zone de protection marine requiert déjà un type distinct d’arrêté de protection en vertu des paragraphes 58(2) et (3).

[310] Le fait que le MPO se fonde sur la possibilité prospective ou future de réglementer sous le régime

habitat pursuant to the *Canadian Environmental Protection Act 1999*, S.C. 1999, c. 33, or to set conditions on fishing licences pursuant to section 22 of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, suffers from this same legal defect.

[311] As the applicants point out, if implemented, some provisions of the *Oceans Act* could be lawfully cited in a protection statement. For example, sections 31 and 32 allow DFO to create integrated management plans that govern all activities affecting marine areas. Such plans can include measures to provide legal protection for the critical habitat of the resident killer whales.

Protection Statement Unlawfully Relies on Ministerial Discretion

[312] The role of ministerial discretion appears to be the principal area of contention between the parties. As I have discussed above, a protection statement is intended to identify the substitutes for a protection order within the SARA scheme. In my view, therefore, to appropriately substitute for the mandatory enforceable legal protection afforded by subsection 58(1), the legal provisions cited in a protection statement must be mandatory and enforceable.

[313] It is not only the prohibition in subsection 58(1) that is engaged by a protection order but also the permitting provisions. As noted above, sections 73 and 74 limit a minister's ability to issue any permit that will affect critical habitat. Importantly, under SARA no permits may be issued that could jeopardize the survival and recovery of the species.

[314] In contrast, it seems to me that the provisions cited in the Protection Statement grant a broad, unstructured discretion to permit harmful activities, including

de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, les toxines qui risqueraient de détruire l'habitat essentiel ou d'imposer des conditions sur les permis de pêche en application de l'article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, souffre de ce même vice juridique.

[311] Comme les demandeurs le font remarquer, certaines dispositions de la *Loi sur les océans*, si elles étaient mises en œuvre, pourraient être citées légalement dans une déclaration de protection. Par exemple, les articles 31 et 32 permettent au MPO de créer des plans de gestion intégrée qui régissent toutes les activités touchant les zones marines. Ces plans peuvent inclure des mesures destinées à protéger légalement l'habitat essentiel des épaulards résidents.

L'Énoncé sur la protection se fonde illégalement sur le pouvoir discrétionnaire ministériel

[312] Le rôle du pouvoir discrétionnaire ministériel semble être le principal point de litige entre les parties. Comme je l'ai mentionné plus tôt, une déclaration de protection vise à mentionner les mesures prises en substitution à un arrêté de protection pris sous le régime de la LEP. Selon moi, pour remplacer convenablement la protection légale impérative et exécutoire que procure le paragraphe 58(1), il faut donc que les dispositions légales citées dans une déclaration de protection soient impératives et exécutoires.

[313] Ce n'est pas seulement l'interdiction visée au paragraphe 58(1) qui est déclenchée par un arrêté de protection, mais aussi les dispositions relatives à l'octroi de permis. Comme il a été mentionné plus tôt, les articles 73 et 74 limitent la capacité qu'a un ministre de délivrer un permis qui aura une incidence sur l'habitat essentiel. Fait important, dans le cadre de la LEP aucun permis ne peut être délivré qui mettrait en péril la survie et le rétablissement de l'espèce.

[314] Par contre, il me semble que les dispositions citées dans l'Énoncé sur la protection confèrent un pouvoir discrétionnaire, vaste et non structuré,

those that would destroy critical habitat. Such discretion does not legally protect critical habitat from destruction because discretionary protection is neither mandatory, nor enforceable.

The *Fisheries Act* and Regulations

[315] As counsel's submissions have now made clear, the competing interpretations of section 58 of SARA offered by the parties come to a head over the ministers' reliance upon the *Fisheries Act* to support the legality of the Protection Statement.

[316] The respondents say that "section 35 of the *Fisheries Act* provides protection which meets the requirements of paragraph 58(5)(b)". The respondents, however, also concede as follows:

30. It is true that the statutory scheme of the *Fisheries Act* allows for the issuance of habitat alteration, disruption or destruction ("HADD") authorisations at the discretion of the Minister of Fisheries and Oceans. However, the ability to issue authorisations does not negate the fact that s. 35 provides habitat protection, nor does it mean that s. 35 can not be relied upon for the purposes of paragraph 58(5)(b).

[317] The respondents further argue that:

The same logic applies to the protection provided by the prohibition set out in s. 36 of the *Fisheries Act*, with the difference that the authority to breach the prohibition is provided by regulation, not by authorisation of the Minister of Fisheries and Oceans.

[318] In answer to the argument that the ministers' discretionary powers under the *Fisheries Act* could mean that he or she could allow activities that would undermine the mandatory prohibitions of SARA and compromise or undercut the protection of critical habitat for the resident killer whales, the respondents argue as follows:

d'autoriser à mener des activités préjudiciables, dont celles qui détruiraient l'habitat essentiel. Ce pouvoir discrétionnaire ne protège pas légalement l'habitat essentiel contre sa destruction, parce que la protection étant discrétionnaire, elle n'est ni impérative, ni exécutoire.

La *Loi sur les pêches* et ses règlements

[315] Comme il ressort maintenant clairement des observations des avocats, les interprétations contradictoires de l'article 58 de la LEP qu'offrent les parties atteignent un point critique en rapport avec le fait que les ministres se fondent sur la *Loi sur les pêches* pour justifier la légalité de l'Énoncé sur la protection.

[316] Les défendeurs disent que [TRADUCTION] « l'article 35 de la *Loi sur les Pêches* assure une protection qui satisfait aux exigences de l'alinéa 58(5)b ». Cependant, ils concèdent également ce qui suit :

[TRADUCTION]

30. Il est vrai que le régime légal de la *Loi sur les pêches* autorise à émettre des autorisations de détérioration, de destruction ou de perturbation (les DDP) de l'habitat à la discrétion du ministre des Pêches et des Océans. Cependant, la possibilité de délivrer des autorisations ne change rien au fait que l'article 35 assure une protection de l'habitat, pas plus que cela signifie que l'on ne peut pas se fonder sur cet article pour l'application de l'alinéa 58(5)b).

[317] Les défendeurs soutiennent de plus que :

[TRADUCTION] La même logique s'applique à la protection que confère l'interdiction prescrite à l'article 36 de la *Loi sur les pêches*, à la différence que le pouvoir d'enfreindre l'interdiction est prévu par règlement, et non par l'autorisation du ministre des Pêches et des Océans.

[318] En réponse à l'argument selon lequel les pouvoirs discrétionnaires ministériels que prévoit la *Loi sur les pêches* pourraient signifier que le ministre serait en droit d'autoriser des activités qui mineraient les interdictions impératives de la LEP et mettraient en péril la protection de l'habitat essentiel des épaulards résidents, les défendeurs font valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

35. The applicants argue both that s. 35 of the *Fisheries Act* does not provide protection from the destruction of the geophysical habitat caused by fishing, and that the management of fishing under the *Fisheries Act*. [...]

36. At any given time, the way in which fishing can be conducted and the quantity of fish which can be harvested is managed through the issuance of licences with gear conditions, and in some cases quota restrictions, and through opening and closing the fishery for various users. In the case of salmon fishing in killer whale critical habitat, restrictions on fishing are provided in the *Fisheries Act*, *The Fishery (General) Regulations*, s. 22, the *Pacific Fisheries Regulations, 1993*, SOR/93-54, ss. 51-60 and schedule VI, and the *British Columbia Sport Fishing Regulations 1996*, SOR/96-137, ss. 42-50 and schedule VI. The issuance of licences with conditions, and the opening and closing of fisheries are “measures under” an Act of Parliament as they are specifically provided for in the *Fisheries Act* and its regulations.

37. These measures are not static, and nor should they be, as conditions in the fisheries change over time and the measures must be adjusted accordingly. The discretion of the Minister of Fisheries and Oceans to vary these measures over time is necessary to allow for the appropriate management of the fisheries and the protection of fish. However, the existence of that discretion does not negate the protection provided.

38. At any given time, a variety of these measures are in place to protect fish and hence the availability of prey. The protection statement would only fail to meet the requirements of paragraph 58(5)(b) if there was a point in time when the Minister of Fisheries and Oceans exercised his or her discretion to not put in place measures to limit the harvest such that the availability of killer whale prey could be destroyed. This is a question of fact. The respondent says that the measures in place at the time of the protection statement were sufficient to protect the availability of killer whale prey from destruction. In any event, the burden is on the applicants to show otherwise and there is no evidence in this case that the measures in place at the time of the protection statement were insufficient to prevent the destruction of the availability of prey.

35. Les demandeurs soutiennent à la fois que l'article 35 de la *Loi sur les pêches* n'offre pas de protection contre la destruction de l'habitat géophysique causée par la pêche, et que la gestion de la pêche sous le régime de la *Loi sur les pêches* [...]

36. À quelque moment que ce soit, la façon dont la pêche peut être effectuée et la quantité de poisson qui peut être récoltée sont gérées par la délivrance de permis assortis de conditions concernant les engins utilisés et, dans certains cas, de restrictions contingentes, ainsi que par l'ouverture et la clôture des activités de pêche pour divers utilisateurs. Dans le cas de la pêche au saumon au sein de l'habitat essentiel des épaulards, des restrictions de pêche sont prévues dans la *Loi sur la pêche*, le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, article 22, le *Règlement de pêche du Pacifique (1993)*, DORS/93-54, articles 51 à 60 et l'annexe VI, ainsi que le *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137, articles 42 à 50 et annexe VI. La délivrance de permis assortis de conditions, ainsi que l'ouverture et la clôture des activités de pêche, sont des « mesure[s] prise[s] » sous le régime d'une loi fédérale, car ces mesures sont expressément prévues dans la *Loi sur les pêches* et ses règlements.

37. Ces mesures ne sont pas statiques, et elles ne devraient pas l'être non plus, car les conditions de pêche changent au fil du temps et il est nécessaire d'adapter les mesures en conséquence. Le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre des Pêches et des Océans de modifier ces mesures à la longue est nécessaire si l'on veut gérer convenablement la pêche et protéger le poisson. Cependant, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire n'exclut pas la protection offerte.

38. À quelque moment que ce soit, un certain nombre de ces mesures sont appliquées pour protéger le poisson, et donc la disponibilité de proies. La seule fois où la déclaration de protection ne satisferait pas aux exigences de l'alinéa 58(5)b) serait s'il y avait un moment dans le temps où le ministre des Pêches et des Océans exerçait le pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour ne pas mettre en place des mesures visant à restreindre la récolte, ce qui aurait pour effet de détruire la disponibilité de proies pour les épaulards. Il s'agit là d'une question de fait. Le défendeur dit que les mesures mises en place au moment où la déclaration de protection a été faite étaient suffisantes pour protéger la disponibilité des proies des épaulards contre la destruction. Quoi qu'il en soit, c'est aux demandeurs qu'il incombe de prouver le contraire et il n'y a, en l'espèce, aucune preuve que les mesures en vigueur au moment où la déclaration de protection a été faite étaient insuffisantes pour empêcher que l'on détruise la disponibilité de proies.

[319] I agree with the applicants that to evaluate whether the Protection Statement meets the legal standard required under section 58, the legal provisions cited in the Protection Statement must be compared with the protection offered through SARA. There is a clear contrast between the legal protection afforded critical habitat under subsection 58(1) of SARA and the broad discretion under the *Fisheries Act*.

[320] The *Fisheries Act* and regulations are cited in the Protection Statement purportedly to protect critical habitat from numerous threats. However, the regulatory scheme under the *Fisheries Act* affords far more discretion than SARA. Absent a specific regulation protecting critical habitat, the *Fisheries Act* scheme, including section 35, cannot, in my view, lawfully substitute for an order under subsection 58(4) [of SARA].

[321] The *Fisheries Act* creates a comprehensive scheme for the management of fisheries in Canada. It is highly discretionary legislation that grants broad powers to the Minister of Fisheries and Oceans to manage the fishery with few statutory limitations. As recognized by the Court of Appeal in *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraphs 35 and 37, Parliament has given DFO the “widest possible freedom to manoeuvre” in regulating the fishery. For example, section 7 grants the Minister “absolute discretion” over the issuing of fisheries licences. Subsection 35(2) grants the Minister complete discretion to authorize the destruction of fish habitat. Section 22 of the *Fishery (General) Regulations*, above, grants the Minister complete discretion to attach conditions to a fishing licence. See *Ecology Action Centre Society v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1087, 262 F.T.R. 160 (*Ecology Action Centre*), at paragraph 54 and *Ahousaht Indian Band*, above, at paragraph 752.

[322] DFO’s discretion under the *Fisheries Act* is not limited by policy or plans. See *Carpenter Fishing Corp.*, above, at paragraph 28, *Ahousaht Indian Band*,

[319] Je conviens avec les demandeurs que, pour évaluer si l’Énoncé sur la protection satisfait à la norme légale qui est exigée en vertu de l’article 58, les dispositions légales citées dans l’Énoncé sur la protection doivent être comparées à la protection offerte sous le régime de la LEP. Il y a un net contraste entre la protection légale que le paragraphe 58(1) de la LEP confère à l’habitat essentiel et le vaste pouvoir discrétionnaire que prévoit la *Loi sur les pêches*.

[320] La *Loi sur les pêches* et ses règlements sont cités dans l’Énoncé sur la protection censément pour protéger l’habitat essentiel contre de nombreuses menaces. Cependant, le régime réglementaire que prévoit la *Loi sur les pêches* accorde nettement plus de pouvoirs discrétionnaires que la LEP. À défaut d’un règlement précis qui protégerait l’habitat essentiel, le régime de la *Loi sur les pêches*, qui inclut l’article 35, ne peut, selon moi, remplacer légalement un arrêté pris en vertu du paragraphe 58(4) [de la LEP].

[321] La *Loi sur les pêches* crée un régime exhaustif pour la gestion de la pêche au Canada. Il s’agit d’une loi hautement discrétionnaire, qui confère au ministre des Pêches et des Océans de vastes pouvoirs pour gérer les activités de pêche avec peu de limites légales. Comme l’a reconnu la Cour d’appel dans l’arrêt *Carpenter Fishing Corp.*, précité, aux paragraphes 35 et 37, le législateur a accordé au MPO « la plus grande marge de possible manœuvre » pour réglementer le secteur de la pêche. Par exemple, l’article 7 permet au ministre d’octroyer « à discrétion » des permis de pêche. Le paragraphe 35(2) confère au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu d’autoriser la destruction de l’habitat du poisson. L’article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, précité, accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu d’assortir un permis de pêche de diverses conditions. Voir la décision *Ecology Action Centre Society c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1087 (*Ecology Action Centre*), au paragraphe 54, et la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752.

[322] Le pouvoir discrétionnaire que la *Loi sur les pêches* confère au MPO n’est pas restreint par une politique ou par des plans. Voir l’arrêt *Carpenter Fishing*

above, at paragraph 752; and *Arsenault*, at paragraphs 38 and 43.

[323] The only provisions of the *Fisheries Act* specifically referenced in the Protection Statement are sections 35 and 36. Section 35 of the *Fisheries Act* states as follows:

Harmful alteration, etc., of fish habitat

35. (1) No person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.

Alteration, etc., authorized

(2) No person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.

[324] As this Court confirmed in *Ecology Action Centre*, above, at paragraph 74, “section 35 does not impose a blanket prohibition on HADD [harmful alteration, disruption and destruction of fish habitat].” The approval of destruction of fish habitat under section 35 is at the complete discretion of the Minister.

[325] While, on its face, the *Fisheries Act* may appear to provide protection for critical habitat that is similar to SARA, it would appear that DFO has a much broader discretion to authorize habitat destruction under the *Fisheries Act* than under SARA. Under the *Fisheries Act*, the Minister’s ability to affect critical habitat is unlimited. For example, section 36 of the *Fisheries Act* prohibits the deposit of a deleterious substance into waters frequented by fish but allows for the authorization of such deposits through regulation at Cabinet’s discretion. See Janice Walton, *Blakes’ Canadian Law of Endangered Species* (Toronto: Carswell, 2007). By contrast, SARA restricts the Minister’s ability to affect critical habitat. See Walton, 2007, at pages 2-31 to 2-33 and SARA, sections 73 and 74.

Corp., précité, au paragraphe 28, la décision *Ahousaht Indian Band*, précitée, au paragraphe 752, et l’arrêt *Arsenault*, aux paragraphes 38 et 43.

[323] Les seules dispositions de la *Loi sur les pêches* auxquelles fait expressément référence l’Énoncé sur la protection sont les articles 35 et 36. L’article 35 de la *Loi sur les pêches* prévoit ce qui suit :

35. (1) Il est interdit d’exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson.

Détérioration de l’habitat du poisson, etc.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l’habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

Exception

[324] Ainsi que l’a confirmé la Cour dans la décision *Ecology Action Centre*, précitée, au paragraphe 74 : « l’article 35 n’interdit pas absolument la DDP [détérioration, destruction ou perturbation de l’habitat] ». L’approbation de la destruction de l’habitat du poisson en vertu de l’article 35 est laissée à la discrétion absolue du ministre.

[325] Si, à première vue, la *Loi sur les pêches* peut sembler offrir à l’habitat essentiel une protection qui est semblable à celle qu’offre la LEP, il semble aussi que le MPO ait le pouvoir discrétionnaire nettement plus vaste d’autoriser la destruction de l’habitat en vertu de la *Loi sur les pêches* que sous le régime de la LEP. Dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, la possibilité qu’a le ministre d’avoir une incidence sur l’habitat essentiel est illimitée. Par exemple, l’article 36 de cette loi interdit de rejeter une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons, mais il prévoit qu’il est permis de procéder à de tels rejets par voie réglementaire à la discrétion du Cabinet. Voir Janice Walton, *Blakes’ Canadian Law of Endangered Species* (Toronto : Carswell, 2007). Par contre, la LEP limite la capacité qu’a le ministre de porter préjudice à l’habitat essentiel. Voir Walton, 2007, aux pages 2-31 à 2-33, ainsi que la LEP, articles 73 et 74.

[326] Courts have been loath to interfere with the Minister's discretion under section 35 to permit or prohibit destruction of fish habitat. See *Ecology Action Centre*, above.

[327] Notably, as this Court has acknowledged, section 35 does not prevent all destruction of fish habitat. For example, it does not prevent destruction of fish habitat that results from fishing activities—an identified threat to resident killer whale critical habitat. See *Ecology Action Centre*, above, at paragraphs 75–78 and 91.

[328] By contrast, there is no discretion granted under SARA to permit the destruction of critical habitat. As the applicants point out, the SARA-permitting provisions limit activities that could affect critical habitat and preclude authorization of any activity that could jeopardize survival and recovery of the species. I agree with the applicants that the subsection 58(1) prohibition against destruction of critical habitat applies to all critical habitat and against any activity that might destroy it.

[329] The applicants submit that it is possible that the *Fisheries Act* could be used to provide legal protection for critical habitat. For example, Canada could choose to pass a specific regulation that protects critical habitat or that governs the exercise of section 35 discretion where critical habitat might be altered or affected. However, those actions have not been taken. See *Fisheries Act*, subsection 35(2) and section 43 [as amended by S.C. 1991, c. 1, s. 12].

[330] It seems to me that the arguments advanced by the respondents to justify reliance upon the *Fisheries Act* in the Protection Statement are not persuasive for a number of reasons.

[326] Les tribunaux hésitent à s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre, en vertu de l'article 35, d'autoriser ou d'interdire la destruction de l'habitat du poisson. Voir la décision *Ecology Action Centre*, précitée.

[327] Plus particulièrement, comme en a fait état la Cour, l'article 35 n'empêche pas toute destruction de l'habitat du poisson. Par exemple, il n'empêche pas la destruction de l'habitat du poisson qui découle d'activités de pêche — une menace particulière pour l'habitat essentiel des épaulards résidents. Voir la décision *Ecology Action Centre*, précitée, aux paragraphes 75 à 78 et 91.

[328] Par contre, la LEP n'accorde pas le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la destruction de l'habitat essentiel. Comme le font remarquer les demandeurs, les dispositions de la LEP en matière d'octroi de permis restreignent les activités qui pourraient toucher l'habitat essentiel et interdisent d'autoriser toute activité susceptible de mettre en péril la survie et le rétablissement de l'espèce. Je conviens avec les demandeurs que l'interdiction que comporte le paragraphe 58(1) à l'égard de la destruction de l'habitat essentiel s'applique à l'ensemble de l'habitat essentiel ainsi qu'à toute activité qui est susceptible de le détruire.

[329] Les demandeurs font valoir qu'il est possible que l'on puisse se servir de la *Loi sur les pêches* pour protéger légalement l'habitat essentiel. Par exemple, le Canada pourrait décider d'adopter un règlement particulier qui protégerait l'habitat essentiel ou qui régirait l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'accorde l'article 35 dans les cas où l'habitat essentiel pourrait être touché ou modifié. Mais ces mesures n'ont pas été prises. Voir la *Loi sur les pêches*, au paragraphe 35(2) et à l'article 43 [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 12].

[330] Il me semble que les arguments qu'invoquent les défendeurs pour justifier le fait de se fonder sur la *Loi sur les pêches* dans l'Énoncé sur la protection ne sont pas convaincants, et ce, pour un certain nombre de raisons.

[331] First of all, the discretionary powers of the Minister under the *Fisheries Act* cannot, in my view, be equated with legislation that may at some future date be repealed or amended. The discretionary power was present, and relied upon, at the time the Protection Statement was made. This means that the Minister chose not to issue a protection order that would provide a mandatory prohibition against the destruction of critical habitat and to substitute the discretionary powers under the *Fisheries Act*. In my view, that is not equivalent protection. Nothing in the *Fisheries Act* says that the Minister cannot exercise his or her discretion under that Act in ways that will modify or undercut the mandatory prohibitions provided by SARA. Moreover, nothing in SARA says that the protection that the *Fisheries Act* gives to critical habitat cannot be modified or undercut by the Minister exercising his or her powers under the *Fisheries Act*. The fact that the Minister may not yet have done this is, in my view, irrelevant. Under the Protection Statement the Minister has, in fact, retained the discretionary power to act towards the critical habitat of the resident killer whales. In my view, the parliamentary record, as cited by the applicants, reveals that it was Parliament's intent, in bringing SARA into being, that the Minister would not have the discretion to deal with critical habitat of endangered species in accordance with the discretion powers and the scheme of the *Fisheries Act*.

[332] The Minister has not and, in my view, could not undertake to exercise her powers under the *Fisheries Act* in a way that would preserve the mandatory prohibitions under SARA. The respondents' argument that the Protection Statement remains valid unless and until something happens in the future is, in my view, fallacious. The whole point of SARA is to provide protection for the critical habitat of species at risk in such a way that those protections cannot be set aside or modified through the exercise of ministerial discretion at some time in the future. The protection for critical habitat that a protection order brings into being is not protection that can be modified or compromised by ministerial discretion. The Minister cannot relinquish or curtail her

[331] Tout d'abord, les pouvoirs discrétionnaires que la *Loi sur les pêches* accorde au ministre ne peuvent, selon moi, être assimilés à une loi qui, à une date ultérieure, peut être abrogée ou modifiée. Le pouvoir discrétionnaire existait, et on s'est fondé sur lui, à l'époque où l'Énoncé sur la protection a été publié. Cela signifie que le ministre a décidé de ne pas prendre un arrêté de protection qui interdirait impérativement la destruction de l'habitat essentiel et de remplacer l'arrêté par les pouvoirs discrétionnaires que prévoit la *Loi sur les pêches*. À mon avis, il ne s'agit pas d'une protection équivalente. Rien dans la *Loi sur les pêches* ne dit que le ministre ne peut pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère cette loi, d'une façon qui modifiera ou minera les interdictions impératives que prévoit la LEP. En outre, rien dans la LEP ne dit que la protection que la *Loi sur les pêches* confère à l'habitat essentiel ne peut être modifiée ou minée par le ministre en exerçant les pouvoirs que lui confère la *Loi sur les pêches*. Le fait que le ministre ne l'a peut-être pas encore fait est, selon moi, peu pertinent. Dans le cadre de l'Énoncé sur la protection, le ministre a, en fait, conservé le pouvoir discrétionnaire de prendre des mesures à l'égard de l'habitat essentiel des épaulards résidents. Selon moi, le dossier parlementaire, cité par les demandeurs, révèle que l'intention du Parlement, en donnant naissance à la LEP, était de ne pas accorder au ministre le pouvoir discrétionnaire de toucher à l'habitat essentiel d'espèces en péril en s'appuyant sur les pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les pêches* et le régime de cette dernière.

[332] Le ministre n'a pas, et, selon moi, ne pouvait pas exercer, les pouvoirs que lui confère la *Loi sur les pêches* d'une manière qui préserverait les interdictions impératives que prévoit la LEP. L'argument des défendeurs, à savoir que l'Énoncé sur la protection demeure valide sauf s'il survient quelque chose ultérieurement, est à mon avis fallacieux. La raison d'être de la LEP est de protéger l'habitat essentiel d'une espèce en péril de façon telle que les mesures de protection prises ne peuvent pas être mises de côté ou modifiées par l'exercice, à un moment quelconque ultérieurement, de pouvoirs discrétionnaires ministériels. La protection de l'habitat essentiel que crée un arrêté de protection n'est pas une protection qu'il est possible de modifier ou de

discretionary powers under the *Fisheries Act*. Hence, reliance upon the *Fisheries Act* means that the critical habitat of the resident killer whales is protected subject to the Minister deciding otherwise. This was not the intent of Parliament when it brought SARA into being. The parliamentary record is clear.

[333] As the applicants point out, the following points are also supportive of this position:

a. The Minister's discretion to allow destruction under section 35 is broad and unfettered, and not limited by any other statutory provisions. In contrast, a subsection 58(1) protection order prohibits critical habitat from ever being destroyed; such critical habitat may only be "affected" and only for those limited purposes and under those strict pre-conditions set out in subsections 73(2) and 73(3) of SARA;

b. The *Pacific Fishery Regulations, 1993* [SOR/93-54] and the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996* [SOR/96-137] do not refer to, or make any provision for, salmon allocation for the resident killer whales. Instead, these two regulations lay out the general rules that govern Pacific commercial and recreational fisheries—including the salmon fishery—and the Minister's broad discretion to manage those fisheries as she sees fit. No provision of either regulation requires the Minister's discretion to be exercised in a way that protects salmon for whales;

c. None of the provisions or the statutory instruments cited by DFO in the Protection Statement, namely the *Fisheries Act* and the *Fishery (General) Regulations*, refer to, or make any provision for salmon allocation for the resident killer whales. Instead, these provisions further codify the Minister of Fisheries and Oceans' broad discretion to regulate the fishery however she sees fit. The *Fisheries Act* and the *Fishery (General)*

compromettre par un pouvoir discrétionnaire ministériel. Le ministre ne peut pas renoncer aux pouvoirs discrétionnaires que lui accorde la *Loi sur les pêches* ou en réduire la portée. Ainsi, le fait de se fonder sur la *Loi sur les pêches* signifie que l'habitat essentiel des épaulards résidents est protégé, sauf si le ministre en décide autrement. Ce n'était pas là l'intention du Parlement lorsqu'il a donné naissance à la LEP. Le dossier parlementaire est clair.

[333] Comme le font remarquer les demandeurs, les points suivants étayent également cette position :

a. le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre d'autoriser la destruction en vertu de l'article 35 est vaste et absolu, et aucune autre disposition légale ne le limite. Par contre, un arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(1) interdit toute destruction de l'habitat essentiel; il est possible seulement de « toucher » l'habitat essentiel, et ce, uniquement pour les fins limitées et dans les conditions préalables strictes qui sont énoncées aux paragraphes 73(2) et 73(3) de la LEP;

b. le *Règlement de pêche du Pacifique (1993)* [DORS/93-54] et le *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique* [DORS/96-137] ne font pas référence à une allocation de saumon pour les épaulards résidents, et ils ne comportent aucune disposition à cet égard. Ces deux règlements énoncent plutôt les règles générales qui régissent la pêche récréative et commerciale du Pacifique, y compris la pêche au saumon — et le vaste pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre de gérer cette activité comme bon lui semble. Aucune disposition, dans l'un ou l'autre règlement, n'exige que le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui protège le saumon pour les épaulards;

c. aucune des dispositions ni aucun des textes réglementaires que cite le MPO dans l'Énoncé sur la protection, soit la *Loi sur les pêches* et le *Règlement de pêche (dispositions générales)*, ne fait référence à une allocation de saumon pour les épaulards, ou ne comporte une disposition quelconque à cet égard. Au lieu de cela, ces dispositions codifient davantage le vaste pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre des Pêches et des Océans

Regulations allow the Minister to take all kinds of actions for almost any reason—but do not require any particular action to protect resident killer whale critical habitat, including prey availability;

d. The Protection Statement does not cite either the *Pacific Fishery Regulations, 1993*, or the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, referred to in paragraph 36 of the respondents' submissions. Nor does the Protection Statement refer to any specific licences, any existing licensing conditions, or any existing fisheries closures referred to by the respondents in paragraph 36 of their supplemental submissions;

e. The respondents suggest that it is the applicants' burden to show that any licensing measures in place at the time of the Protection Statement were insufficient to prevent the destruction of the availability of prey. However, to be lawful, the Protection Statement would have had to "set out how" a particular licence protected critical habitat. There is no evidence on the record that any such licences, licence conditions, or fisheries closures actually exist. As DFO chose not to cite any licences in its Protection Statement or file any evidence of their existence, it must be inferred that no such licences exist that could satisfy section 58;

f. The only evidence on the record concerning the Chinook salmon management at the time the Protection Statement was made is found in the affidavit of Dr. Scott Wallace. Dr. Wallace avers that at the time the Protection Statement was made Chinook stocks were not being managed to ensure salmon availability for the resident killer whales;

g. The respondents submit that the Minister should be permitted to rely on her discretion to "vary fisheries measures over time" to protect salmon availability for resident killer whales. However, as rightly conceded by

de réglementer le secteur de la pêche comme bon lui semble. La *Loi sur les pêches* et le *Règlement de pêches (dispositions générales)* permettent au ministre de prendre toutes sortes de mesures pour presque n'importe quel motif — mais il n'exige pas qu'une mesure particulière soit prise pour protéger l'habitat essentiel des épaulards, ce qui inclut la disponibilité de proies;

d. L'Énoncé sur la protection ne cite ni le *Règlement de pêche du Pacifique (1993)* ni le *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, qui sont mentionnés au paragraphe 36 des observations des défendeurs. L'Énoncé sur la protection ne fait pas non plus mention des permis précis, des conditions d'octroi de permis ou des clôtures d'activités de pêche auxquelles font mention les défendeurs au paragraphe 36 de leurs observations supplémentaires;

e. les défendeurs laissent entendre que c'est aux demandeurs qu'il incombe de montrer que toute mesure d'octroi de permis qui était en vigueur à l'époque où l'Énoncé a été publié était insuffisante pour empêcher de détruire la disponibilité de proies. Cependant, pour être légal, l'Énoncé sur la protection aurait dû « énon[cer] comment » un permis particulier protégeait l'habitat essentiel. Il n'y a dans le dossier aucune preuve qu'il existe bel et bien de tels permis, conditions d'octroi de permis ou clôtures d'activités de pêche. Comme le MPO a décidé de ne citer aucun permis dans son Énoncé sur la protection ou de ne produire aucune preuve au sujet de leur existence, il faut donc inférer qu'il n'existe aucun permis de ce genre qui pourrait satisfaire aux exigences de l'article 58;

f. la seule preuve dans le dossier qui se rapporte à la gestion du saumon quinnat à l'époque où l'Énoncé sur la protection a été fait figure dans l'affidavit de M. Scott Wallace. Ce dernier affirme qu'à l'époque où l'Énoncé sur la protection a été fait, les stocks de saumon quinnat n'étaient pas gérés de façon à garantir que les épaulards résidents en disposent;

g. les défendeurs soutiennent qu'il faudrait permettre au ministre de se fonder sur son pouvoir discrétionnaire pour [TRADUCTION] « modifier les mesures relatives à la pêche au fil du temps » en vue de protéger la

the respondents, the Protection Statement must be judged based on the law that exists at the time the statement is made. It is not lawful for a protection statement to rely on the *prospective ability* to regulate. Therefore, the Minister cannot rely on her prospective ability to issue licences, or limit openings or any other management action that she has not taken at the time the statement is made;

h. As confirmed by the Federal Court, the Minister is not compelled in any way to issue licences that have any conditions or provisions protecting critical habitat of the resident killer whales. The Minister cannot rely on her absolute discretion to manage the fishery to discharge her mandatory duty to protect a component of critical habitat.

Canadian Environmental Assessment Act

[334] The applicants also submit that DFO's reliance on the *Canadian Environmental Assessment Act* to provide legal protection for critical habitat suffers from the same kind of legal defect that characterizes its reliance on the *Fisheries Act*. CEAA is largely a procedural statute that sets out the steps to be taken before projects may proceed at the discretion of the Minister. CEAA does not prohibit the approval of environmentally destructive projects. See David Boyd, *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy* (Vancouver: UBC Press, 2003) at pages 150–154. For reasons already given in relation to the *Fisheries Act*, I agree.

Provincial Laws are Not Laws of Parliament

[335] As now conceded by the respondents, section 58 of SARA clearly requires that critical habitat be

disponibilité du saumon pour les épaulards résidents. Cependant, comme l'ont concédé avec raison les défendeurs, l'Énoncé sur la protection doit être jugé en fonction du droit qui existe à l'époque où la déclaration est faite. Il n'est pas légal que l'on se fonde, pour une déclaration de protection, sur la capacité d'établir des règlements. Par conséquent, le ministre ne peut pas se fonder sur sa capacité prospective d'octroyer des permis, de restreindre l'ouverture des activités de pêche ou de prendre n'importe quelle autre mesure de gestion qu'il n'a pas prise au moment où la déclaration a été publiée;

h. comme l'a confirmé la Cour fédérale, le ministre n'est obligé d'aucune manière à octroyer des permis assortis de conditions ou de dispositions quelconques qui protègent l'habitat essentiel des épaulards résidents. Il ne peut se fonder sur son pouvoir discrétionnaire absolu de gérer les activités de pêche pour s'acquitter de son obligation impérative de protéger un élément de l'habitat essentiel.

La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale

[334] Les demandeurs soutiennent également que le fait que le MPO se fonde sur la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* pour protéger légalement l'habitat essentiel souffre du même genre de vice juridique que celui qui caractérise le fait qu'il se fonde sur la *Loi sur les pêches*. La LCEE est essentiellement une loi de nature procédurale qui énonce les mesures qu'il est nécessaire de prendre avant qu'un projet puisse aller de l'avant à la discrétion du ministre. La LCEE n'interdit pas l'approbation de projets destructeurs sur le plan environnemental. Voir David Boyd, *Unnatural Law: Rethinking Canadian Environmental Law and Policy* (Vancouver : UBC Press, 2003) aux pages 150 à 154. Pour des raisons déjà données en rapport avec la *Loi sur les pêches*, je suis d'accord.

Les lois provinciales ne sont pas des lois fédérales

[335] Comme le concèdent maintenant les défendeurs, l'article 58 de la LEP exige clairement que

protected under a “law of Parliament” or alternatively under a section 11 conservation agreement. Laws of other legislatures and municipal laws cannot be cited in a protection statement.

[336] The Protection Statement unlawfully cites the Robson Bight (Michael Bigg) Ecological Reserve created pursuant to British Columbia’s *Ecological Reserve Act*, R.S.B.C. 1996, c. 103, which covers a minute portion of the critical habitat area of the resident killer whales. There are no conservation agreements in place.

Protection Statement Fails to set out how all Components of Critical Habitat are Legally Protected

[337] I also agree with the applicants that the Protection Statement is unlawful because it is intended to provide legal protection for only certain components of critical habitat and fails to prevent the most significant threats to critical habitat: reduction in prey availability, toxic contamination, and physical and acoustic disturbance.

[338] The Protection Statement is divided into two sections. The first section purports to set out how the “geospatial and geophysical attributes” of critical habitat are legally protected. The threats to habitat included in this first page are from industrial activity, destructive fishing gear and vessel anchors. These are not the most significant threats to critical habitat identified by the Recovery Team, yet these activities threatening geophysical components of critical habitat are the only activities for which the Protection Statement cites any legislation, regulations and/or policies which would be used to “provide protection against such destruction”.

[339] The second part of the Protection Statement addresses degradation of the acoustic environment, degradation of marine environmental quality and

l’habitat essentiel soit protégé sous le régime d’une « loi fédérale » ou subsidiairement, dans le cadre d’un accord de conservation conclu au titre de l’article 11. Les lois d’autres assemblées législatives et les règlements municipaux ne peuvent pas être cités dans une déclaration de protection.

[336] L’Énoncé sur la protection cite illégalement la réserve écologique de Robson Bight (Michael Bigg), créée en vertu de la *Ecological Reserve Act*, de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 103, qui couvre une infime partie de l’habitat essentiel des épaulards résidents. Aucun accord de conservation n’est établi.

L’Énoncé sur la protection ne dit pas de quelle façon tous les éléments de l’habitat essentiel sont légalement protégés

[337] Je conviens également avec les demandeurs que l’Énoncé sur la protection est illégal, car il est destiné à ne protéger légalement que certains éléments de l’habitat essentiel et ne permet pas d’éviter les menaces les plus sérieuses pour l’habitat essentiel : la réduction de la disponibilité de proies, la contamination toxique, de même que les perturbations physiques et acoustiques.

[338] L’Énoncé sur la protection est divisé en deux parties. La première vise à exposer de quelle façon les « attributs géospatiaux et géophysiques » de l’habitat essentiel sont légalement protégées. Les menaces pour l’habitat qui sont incluses à la première page découlent des activités industrielles, des engins de pêche destructeurs et des ancres de navire. Il ne s’agit pas des menaces les plus sérieuses pour l’habitat essentiel que l’Équipe de rétablissement a désignées, et pourtant ces activités, qui menacent les éléments géophysiques de l’habitat essentiel, sont les seules pour lesquelles l’Énoncé sur la protection cite des lois, des règlements ou des politiques qui serviraient à « assurer la protection contre une telle destruction ».

[339] La seconde partie de l’Énoncé sur la protection porte sur la dégradation de l’environnement acoustique, la dégradation de la qualité de l’environnement marin

declining availability of prey. It lists tools that are “available to manage and mitigate threats to [ecosystem] functions”. This division reflects DFO’s unlawful policy distinction between geophysical components, which it has a duty to protect, and biological components of critical habitat which it has no duty to protect.

ainsi que la réduction de la disponibilité des proies. Elle énumère des instruments qui sont disponibles « pour gérer et atténuer les menace[s] aux diverses fonctions [écosystémiques] ». Cette partie reflète la distinction de principe illégale que fait le MPO entre les éléments géophysiques, qu’il est tenu de protéger, et les éléments biologiques de l’habitat essentiel, qu’il n’est pas tenu de protéger.

Conclusions

[340] I believe that the applicants are correct in saying that the Minister of Fisheries and Oceans erred in law in issuing under paragraph 58(5)(b) of SARA a protection statement that relies upon policy and other non-statutory instruments, prospective laws and ministerial discretion under the *Fisheries Act* and the CEAA to provide legal protection for the critical habitat of the resident killer whales.

Conclusions

[340] Je crois que les demandeurs ont raison de dire que le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur en faisant, en vertu de l’alinéa 58(5)b) de la LEP, une déclaration de protection qui est fondée sur des politiques et d’autres instruments non réglementaires, des lois prospectives et des pouvoirs discrétionnaires ministériels prévus par la *Loi sur les pêches* et la LCEE, afin de protéger légalement l’habitat essentiel des épaulards résidents.

JUDGMENT

THIS COURT hereby makes the following declarations:

1. With respect to the Protection Statement application:

- a. The Minister of Fisheries and Oceans erred in law in determining that the critical habitat of the resident killer whales was already legally protected by existing laws of Canada;
- b. Section 58 of SARA requires that all elements of critical habitat be legally protected by the competent ministers;
- c. Outreach programs, stewardship programs, voluntary codes of conduct or practice, voluntary protocols and/or voluntary guidelines and policy do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for

JUGEMENT

LA COUR fait par le présent jugement les déclarations de droit suivantes :

1. Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection :

- a. le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en décidant que l’habitat essentiel des épaulards était déjà légalement protégé par des lois existantes du Canada;
- b. l’article 58 de la LEP exige que les ministres compétents protègent légalement tous les éléments de l’habitat essentiel;
- c. des programmes de sensibilisation, des programmes de gestion, des codes volontaires de conduite ou de pratiques, des protocoles volontaires ou des lignes directrices volontaires et des politiques ne protègent pas légalement l’habitat essentiel au

- the Minister to have cited policy documents in the Protection Statement;
- d. Ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in the Protection Statement;
- e. Prospective laws and regulations that are not yet in force do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited provisions in the Protection Statement that are not yet in force;
- f. Provincial laws do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited provincial laws in the Protection Statement.
2. With respect to the Protection Order application:
- a. The ministers acted unlawfully in limiting the application and scope of the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA;
- b. The ministers have a duty under section 58 to provide legal protection against destruction for all components of the resident killer whales' critical habitat;
- c. The ministers acted unlawfully when they limited the application and scope of the destruction prohibition in subsection 58(1) of SARA to certain components of critical habitat but not others;
- d. It was an error of law for the ministers to limit the application and scope of the Protection Order to provide legal protection for geophysical parts of critical habitat only;
- sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des documents de politique générale;
- d. le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*;
- e. les lois prospectives et les règlements non encore en vigueur ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des dispositions qui ne sont pas encore en vigueur;
- f. les lois provinciales ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des lois provinciales.
2. Pour ce qui est de la demande relative à l'arrêté de protection :
- a. les ministres ont agi illégalement en restreignant l'application et la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP;
- b. les ministres sont tenus en vertu de l'article 58 de protéger légalement tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents contre leur destruction;
- c. les ministres ont agi illégalement en limitant l'application et la portée de l'interdiction de destruction prévue au paragraphe 58(1) de la LEP à certains éléments de l'habitat essentiel, alors que cette interdiction s'applique à tous les éléments;
- d. les ministres ont commis une erreur de droit en limitant l'application et la portée de l'Arrêté de protection de façon à ne protéger légalement que les éléments géophysiques de l'habitat essentiel;

- e. It was unlawful for the ministers to exclude the ecosystem features of resident killer whales' critical habitat, including availability of prey and acoustic and environmental factors from the scope of the Protection Order.
3. The parties are at liberty to address the Court on the issue of costs. This should be done, initially at least, by way of written submissions.

- e. il était illégal que les ministres excluent de la portée de l'Arrêté de protection les caractéristiques écosystémiques de l'habitat essentiel des épaulards résidents, y compris la disponibilité de proies et les facteurs acoustiques et environnementaux.
3. Il est loisible aux parties de s'adresser à la Cour au sujet des dépens. Cela se fera, initialement du moins, au moyen d'observations écrites.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ABORIGINAL PEOPLES

LANDS

Judicial review of Minister of Indian Affairs and Northern Development decision postponing consultations with Sambaa K'e Dene Band (SKDB), Nahanni Butte Dene Band (NBDB) until agreement in principle reached with Acho Dene Koe First Nation (ADKFN) regarding ongoing comprehensive land claims negotiations between Minister, ADKFN—SKDB, NBDB having long-standing boundary dispute with ADKFN regarding land in south-western corner of Northwest Territories (N.W.T.)—SKDB, NBDB claiming that Minister breaching legal, constitutional duty to consult therewith by delaying consultation regarding overlapping land claims in N.W.T. until after agreement in principle reached between Minister, ADKFN—Members of SKDB, NBDB, ADKFN Aboriginal peoples within meaning of *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1), parties to Treaty 11—Timing, scope, content of Minister's duty to consult at issue herein—Test regarding duty to consult, accommodate as established in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 applied herein—Duty to consult, accommodate grounded in honour of Crown; having substantive dimension, must be meaningful—Although Minister disputing soundness of SKDB, NBDB claims, having sufficient knowledge to trigger duty to consult regarding Treaty rights, Aboriginal claims—Minister's actions with ADKFN potentially affecting SKDB, NBDB's asserted rights, having potential adverse impact thereon—Scope, content of Minister's duty to consult determined by strength of asserted SKDB, NBDB's Aboriginal, Treaty claims—Since SKDB, NBDB establishing reasonably strong *prima facie* case based upon asserted Aboriginal rights to land, content of Crown's duty to consult elevated—Decisions already made by Minister without consulting SKDB, NBDB likely significantly impacting, jeopardizing Treaty rights, Aboriginal claims thereof—Minister's decision to delay consultation with SKDB, NBDB until after conclusion of agreement in principle with ADKFN not reasonable; constituting breach of duty; process followed incompatible with Crown's honour—Therefore, Minister having legal, constitutional duty to engage in immediate, substantive discussions directly with SKDB, NBDB regarding land claims with ADKFN affecting, potentially affecting SKDB, NBDB's asserted Aboriginal, Treaty rights—Application allowed.

SAMBAA K'E DENE BAND V. DUNCAN (T-1946-10, 2012 FC 204, Mactavish J., judgment dated February 10, 2012, 59 pp.)

TAXATION

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2009 TCC 325) rejecting appellant's submission Minister of National Revenue erroneously including income earned from commercial fishing business in income for taxation years at issue—T.C.C. holding that, since income in question not situated on reserve, not exempt from tax under *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87(1)(b)—Whether business income from fishing situated on reserve—Appellant, status Indian, member of Grand Rapids First Nation living on Grand Rapids Reserve—Self-employed fisher, owning two fishing quotas—Also member of Grand Rapids Fishermen's Co-op (situated on reserve), which fishers dealing with to sell fish—T.C.C. wrongly attaching significant weight to fact all of appellant's fish sold off reserve, to customer of fishers' business rather than to Co-op, which played critical role

ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

in all aspects of members' fishing businesses—What purchaser of fish doing with fish after making purchase irrelevant in determining *situs* of fishing business income—T.C.C. also wrongly stating that since appellant's fishing activities carried on in commercial mainstream, activities not exempt from tax under Act, s. 87—Caution should be exercised in using commercial mainstream principle as basis for concluding that income not situated on reserve—Although Co-op not owning appellant's fishing quotas, connection between Reserve, fishing business not weakened to extent that resulting income not situated on reserve—Appeal allowed.

BALLANTYNE V. CANADA (A-362-09, 2012 FCA 95, Evans J.A., judgment dated March 20, 2012, 6 pp.)

ACCESS TO INFORMATION

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 641) refusing to grant judicial review of Department of National Defence decision to disclose unit prices contained in standing offers made by appellant for Airborne Training Services—Appellant, through waiver clause, agreeing to disclosure of unit prices—Federal Court holding that, by agreeing to waiver clause, appellant giving “consent” to release of unit prices as word used in *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1 (DPA), s. 30; that *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (ATIA), s. 24(1) not operating to prevent release of information in question—Federal Court not erring in holding that appellant consented to disclosure of unit prices pursuant to DPA, s. 30; that Minister of National Defence therefore not bound by restriction therein—Appellant's contention that, even if waiver authorizing release of unit prices, ATIA, s. 24(1) preventing Minister from releasing information rejected—ATIA, s. 24(1) not intended to be construed as appellant contending since person seeking release of subject information in present case would be devoid of any statutory method for accessing information even though appellant consented to release thereof—ATIA, s. 2(1) providing for right of access to government information subject only to “necessary exceptions”—Clear that when disclosure of information restricted by statutory provision set out in ATIA, Schedule II in circumstances where no alternative method for accessing information provided in statute enacting restriction, ATIA, s. 24(1) must be construed as incorporating restriction—Therefore, Federal Court proceeding on proper principle when considering restriction set out in DPA, s. 30, ordering disclosure of unit prices on basis that information not “restricted” within meaning of ATIA, s. 24(1) by reason of consent appellant giving—Appeal dismissed.

TOP ACES CONSULTING INC. V. CANADA (NATIONAL DEFENCE) (A-255-11, 2012 FCA 75, Noël J.A., judgment dated March 7, 2012, 7 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Removal of Permanent Residents*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (Board) dismissing applicant's appeal, setting aside stay of removal previously granted—Applicant citizen of Ghana, convicted of robbery—Board staying deportation order for three years subject to conditions—Later convicted of threatening death, bodily harm to girlfriend—Applicant receiving suspended sentence, probation—Attending, completing one-day anger management course as required by probation officer—Board applying factors enunciated in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (I.A.B.) (QL) in reconsidering, setting aside stay of removal—Whether Board basing decision on findings of fact unsupported by evidence—Board mischaracterizing or ignoring evidence that could have materially affected result by, *inter alia*, giving seriousness of crime increased weight based upon false view of previous record; not considering evidence showing applicant taking responsibility for actions; failing to consider remedial action taken to address anger management concerns—While open to Board to disagree with probation officer assessment that one-day anger management course sufficient for applicant, Board must explain basis for disagreement, view that more required—Unreasonable for Board to fault applicant for failing to take additional courses if no more required—Application allowed.

BOSOMPEM V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-4865-11, 2012 FC 196, Zinn J., judgment dated February 10, 2012, 14 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

IMMIGRATION PRACTICE

Appeal from Federal Court order (IMM-3647-11) in particular dismissing applicant's motion for stay of removal from Canada, awarding respondent costs—Appellant not party to proceeding, not notified any order would be made thereagainst—While respondent conceding that appellant entitled to notice of Federal Court's intention to make order thereagainst, arguing that Federal Court of Appeal not having jurisdiction to hear appeal from Federal Court decision in absence of certification of serious question of general importance pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 74(d)—Act, s. 74(d) intended to limit right of appeal to Federal Court of Appeal by parties to applications for judicial review brought thereunder—However, provision not depriving non-party from right of appeal in rare circumstance where order made against non-party without giving non-party any notice, opportunity to be heard—Therefore, Federal Court of Appeal not lacking jurisdiction to hear appeal in unique circumstances herein—As to order under appeal, since made without giving appellant any notice, opportunity to be heard, Federal Court's findings owed no deference—Order under appeal not sustainable since, at Federal Court hearing, respondent not seeking costs or any other relief against appellant—Appeal allowed.

KHOKHAR V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (A-263-11, 2012 FCA 66, Dawson J.A., judgment dated February 27, 2012, 5 pp.)

STATUS IN CANADA

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of immigration officer's decision refusing applicants' application for permanent resident status as members of Convention refugees abroad class, humanitarian-protected persons abroad class—Applicants, Tamil Sri Lankans, surviving recent civil conflict in Sri Lanka—Whether officer should specifically have considered *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 108(4)—Act, s. 108(4) providing that s. 108(1)(e), pertaining to rejection of refugee claims, not applying if person establishing compelling reasons for refusing to avail themselves of protection of country in which person leaving—Federal Court of Appeal previously dealing with former s. 108(4), instructing officer to consider whether evidence establishing "compelling reasons" regardless of whether applicant raising s. 108(4) as issue—Officer obliged to consider whether previous persecutions, torture, treatment or punishment as put in evidence providing compelling reasons not to reject application for refugee protection—Recently, in *Alharazim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1044, Federal Court determining that Act, s. 108(4) applying only in truly exceptional or extraordinary circumstances, that exception should be narrowly circumscribed—In present case, officer finding that applicants having general fear if returned to Sri Lanka but would not continue to be seriously, personally affected—Although officer not considering Act, s. 108(4) herein, should have done so—While decision in *Alharazim* narrowing considerably scope of s. 108(4), difficult to determine when officer must or may not consider s. 108(4)—Therefore, question certified to clarify matter—Application allowed.

KUMARASAMY V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2010-11, 2012 FC 290, Hughes J., judgment dated March 5, 2012, 8 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appeal from visa officer's decision refusing applicant's request to sponsor 10 other family members—Application for sponsorship submitted in 2005 but failed since applicant's income falling short of minimum necessary income (MNI)—However, visa officer's decision later appealed after applicant's co-signor husband apparently earning higher income—IAD sustaining officer's decision since applicant not meeting MNI requirement as prescribed under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 133(1)(j)(i)—In determining whether to grant discretionary relief, IAD concerned about veracity of applicant's income from self-employment as reported in 2010 notice of assessment—Whether, in exercise of discretion, IAD erring in law when rejecting applicant's self-reported income as appearing on 2010 notice of assessment—Under Regulations, s. 134, notice of assessment determinative in finding whether MNI met—S. 134 neither prescribing nor prohibiting inquiry into veracity of data in documents supplied pursuant to s. 134(1) but authority to do so arising from IAD's basic jurisdiction to grant special or discretionary relief—Therefore, as consequence of discretionary power to consider whether grounds of inadmissibility have been overcome, whether special relief should be granted, IAD having authority to require evidence corroborative of income reported in notice of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

assessment—IAD permitted to question accuracy, veracity of certain financial documents submitted in support of sponsorship application, to assign relative, proportionate evidentiary weight thereto—Interpretation of scope of IAD’s jurisdiction consistent with objective of Regulations as whole—Regulations designed to ensure that individuals sponsored to come to Canada can be provided for; that integrity of sponsorship provisions in *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 not eroded through inaccurate statements of income, whether deliberate or accidental—Application dismissed.

MOTALA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3732-11, 2012 FC 123, Rennie J., judgment dated February 1, 2012, 13 pp.)

FOOD AND DRUGS

Judicial review of decision by respondent through Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) refusing to register applicant’s drug THALOMID on Register of Innovative Drugs on basis that medicinal ingredient in THALOMID, thalidomide, not innovative contrary to *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.1(1)—Thalidomide previously approved under brand names KEVADON, TALIMOL before its withdrawal in response to its teratogenicity—Applicant commercializing thalidomide in treatment of cancer, other diseases—Claiming that THALOMID containing sensitive proprietary, confidential information, thus request to list THALOMID on Register—Under data protection regulation (DPR) contained in Regulations, OPML must consider whether medicinal ingredient previously approved in drug by respondent pursuant to definition of “innovative drug” in s. C.08.004.1(1)—Main issues proper interpretation of words “innovative drug”; whether withdrawal of approval giving thalidomide status of new medicinal ingredient—Respondent failing to apply purposive interpretation of DPR—Purpose of DPR to ensure that companies not granted data protection for something in previous use, for which no innovation required—Variations or minor changes to drug previously approved excluded from scope of data protection—Applicant showing herein that thalidomide useful, lifesaving drug by producing new data—Inconsistent with *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299 to refuse data protection when chemical entity put to new use on basis of new data ensuring its effectiveness, safety—Perverse to find that drug withdrawn for safety reasons previously approved—Apparent that approval should never have been granted in view of absence of data relating to deleterious effects—Even if KEVADON, TALIMOL not voided but only withdrawn from sale, Canadians not benefiting from discovery, development of thalidomide unless new medicines approved on basis of new information, data demonstrating their safety, efficacy—Prior approvals of KEVADON, TALIMOL not standing in way of data protection for later approved product—Application allowed.

CELGENE INC. V. CANADA (HEALTH) (T-148-11, 2012 FC 154, de Montigny J., judgment dated February 6, 2012, 35 pp.)

INCOME TAX

CORPORATIONS

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 201) denying appeal of assessment pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 227.1(1) for unremitted employee source deductions of mining corporation—Execution for amount of unremitted source deductions unsatisfied because corporation dissolved for failing to file annual corporate returns, having no assets—Appellant arguing *inter alia* that assessment issued outside statutory time limit established in Act, s. 227.1(4) because of appellant’s resignation as director two years before assessment; precondition to liability in Act, s. 227.1(2)(b) not met; T.C.C. wrongfully refusing to admit file notes as evidence of appellant’s resignation on basis of hearsay—File notes potentially relevant to question of whether appellant resigning as director—T.C.C. erring in refusing to admit file notes as evidence in proceeding conducted under informal procedure rules without first considering whether notes sufficiently reliable, probative to justify admission, taking into account need for fair, expeditious hearing—As to legal argument relating to Act, s. 227.1(2) (which shields directors from liability under Act, s. 227.1(2) unless one of conditions in Act, ss. 227.1(2)(a),(b) or (c) met), Court in *Kennedy v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 59 (F.C.A.), affg *Kennedy v. Minister of National Revenue*, [1991] 2 C.T.C. 2333 (T.C.C.) correctly deciding that s. 227.1(2)(b) not applying where corporation dissolved under procedure not requiring

INCOME TAX—Concluded

appointment of liquidator or submission of proofs of claim—*Savoy v. Canada*, 2011 TCC 35 incorrectly decided on this point, not to be followed—Phrase “proof of claim” in s. 227.1(2)(b) referring to proof of claim in liquidation or dissolution proceedings—Appeal allowed.

MADISON V. CANADA (A-177-11, 2012 FCA 80, Sharlow J.A., judgment dated March 8, 2012, 11 pp.)

MARITIME LAW**HARBOURS**

Judicial review of decision by Vancouver Fraser Port Authority (VFPA) to impose Gateway Infrastructure Fee (GIF) on vessel owners in respect of containerized cargo—GIF created to repay infrastructure projects under VFPA control, payable by owners of vessels in respect of containerized cargo, by owners of cargo in respect of non-containerized cargo—Applicants contending *inter alia* that GIF not just, reasonable as required by *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c.10 (CMA), s. 49(3); constituting tax rather than user or regulatory fee; imposing undue administrative burden, costs not easily passed on to container owners benefiting from improved infrastructure; VFPA without jurisdiction to establish fee as against cargo ship owners—Applicants failing to establish that GIF not fair, reasonable—Falsely relying on administrative decisions taken under *Pilotage Act*, R.S.C., 1985, c. P-14, s. 33 in stating that GIF lawful only if direct link existing between fee charged, service provided or benefit received—CMA, s. 49 differently constituted, more expansive, less tied to services provided—No link between fees, services in CMA, ss. 49(1)(a),(b)—GIF therefore exigible against container ship owners by virtue of ss. 49(1)(a),(b)—No need for VFPA to link GIF to service or benefit to require container ship owners to pay fee—GIF not a tax—Regulation, operation of port authorities constituting national scheme for self-sufficient, independent, interrelated operations of ports—Users benefiting from regulation of ports—Regulatory scheme for operation of VFPA relevant to ships using VFPA’s port—Relationship existing between GIF, scheme for operation of port, efficient use of facilities, movement of goods through port—Application dismissed.

SHIPPING FEDERATION OF CANADA V. VANCOUVER FRASER PORT AUTHORITY (T-953-11, 2012 FC 301, Phelan J., judgment dated March 12, 2012, 18 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of decision by Correctional Service of Canada (CSC) Senior Deputy Commissioner advising that decision-making authority for classification to other than maximum security as provided under Commissioner’s Directive CD 705-7, paragraph 12 remaining with warden—Applicant, convicted of first degree murder while still a youth, requesting that Assistant Commissioner grant override of two-year maximum security policy upon entering adult federal penitentiary system—Assistant Commissioner responding by noting that prior to rendering decision on exceptional override, case must be prepared by Intake Assessment Unit—Intake parole officer, Penitentiary Placement Board recommending placement in maximum security facility due to applicant’s belligerency, immaturity—Not making recommendation regarding exceptional override—Main issue whether CSC improperly sub-delegating decision-making authority or breaching duty of fairness in classification, placement of applicant in light of CD 705-7—Memorandum on initial penitentiary placement elaborating on procedure for assessing exceptional cases under paragraph 12, enabling Assistant Commissioner to address such cases warranting classification, placement other than maximum security—Such process not representing improper sub-delegation of authority, but further elaboration of process under CD 705-7, paragraph 12 for ensuring appropriate inmate classification—Assistant Commissioner remaining primary, final decision maker—Senior Deputy Commissioner’s letter not improper sub-delegation of authority to warden, but recognition that initial security classification of applicant made, within domain of warden going forward—Although Senior Deputy Commissioner not clearly articulating why decision resting with warden, such approach generally consistent with CSC internal policies—Memorandum could be made clearer by indicating that no decision to be made by Assistant Commissioner when intake parole officer not making recommendation regarding exceptional override—Powers delegated under CD 705-7 administrative in nature, falling within exception to *delegatus non potest delegare* doctrine—Applicant failing to exhaust available internal remedies—Application dismissed.

BAGSHAW V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-356-11, 2012 FC 291, Near J., judgment dated March 6, 2012, 18 pp.)

TRANSPORTATION

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 531) declaring appellants (McKeil Marine Inc.) liable for icebreaking fees in relation to ferry business between ports of Windsor, Detroit—Appellants arguing, *inter alia*, that Canadian Coast Guard (CCG) not having authority to levy icebreaking fees within boundaries of Port of Windsor because that authority given to Windsor Port Authority; use of word “transit” as verb in English version of *Fee Schedule for Icebreaking Services*, *C. Gaz.* 1999.I.92 (Fee Schedule), s. 2 creating ambiguity as to whether only part or whole of “transit” occurring within ice zone, while use of “transit” as noun in French version making it clear that “transit” occurring within ice zone; icebreaking fees only applying where both ports of departure, arrival within ice zone; ice zone applying only to Canadian waters, therefore voyage from Port of Windsor to Port of Detroit not “transit”, not subject to icebreaking fees—Issue proper interpretation of Fee Schedule—Fee Schedule, s. 3 resolving any ambiguity arising from s. 2 by requiring only that either port of departure or port of arrival be in ice zone—Since Port of Windsor in ice zone, voyage beginning or ending in that Port “transit” subject to Fee Schedule—Minister’s obligation to provide icebreaking services not assigned to Windsor Port Authority—*Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31, s. 41 not supporting argument that grant of power to fix fees to other agency depriving Minister, CCG of right to charge fees for services rendered—S. 41 not enabling section giving Minister discretion whether or not to provide icebreaking services but charging section providing that matters referred to in s. 41(1)(a) to (e) are not only powers but also duties of Minister—Parliament regarding icebreaking services as necessary, thus imposing on Minister duty to provide those services—In order for such duty to be assigned to other entity, other entity must also be under duty to provide icebreaking services—No dispositions found imposing on Port of Windsor icebreaking duties—Appeal dismissed.

CANADA V. MCKEIL MARINE INC. (A-190-11, 2012 FCA 93, Pelletier J.A., judgment dated March 20, 2012, 12 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

ACCÈS À L'INFORMATION

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 641), qui a refusé de faire droit à la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministère de la Défense nationale a divulgué les prix unitaires qui figuraient dans des offres à commandes soumises par l'appelante pour des services de soutien à l'entraînement en vol—L'appelante, qui avait souscrit à une clause de dérogation, avait consenti à la divulgation des prix unitaires—La Cour fédérale a statué qu'en souscrivant à cette disposition, l'appelante avait donné son « consentement » à la divulgation des prix unitaires au sens donné à ce terme à l'art. 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1 (la LPD), et que l'art. 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI) n'avait pas pour effet d'empêcher la divulgation des renseignements en question—La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que l'appelante avait autorisé la divulgation de ses prix unitaires au sens de l'art. 30 de la LPD et que le ministre de la Défense nationale n'était donc pas lié par la restriction prévue à cette disposition—L'argument de l'appelante suivant lequel l'art. 24(1) de la LAI a pour effet d'empêcher le ministre de divulguer ses prix unitaires même si elle en a autorisé la divulgation a été rejeté—L'art. 24(1) de la LAI ne doit pas être interprété comme l'appelante le propose, car la personne qui réclame en l'espèce la communication de renseignements ne disposerait d'aucun moyen légal pour les obtenir, et ce, même si l'appelante a consenti à leur communication—L'art. 2(1) de la LAI consacre le droit d'accès aux documents de l'administration fédérale sous réserve uniquement des « exceptions indispensables »—Il est évident que lorsque la divulgation de renseignements est restreinte par l'une des dispositions législatives mentionnées à l'annexe II de la LAI, alors qu'aucune autre méthode d'accès à ces renseignements n'est prévue par la loi en question, l'art. 24(1) doit être interprété comme incorporant cette restriction—La Cour fédérale s'est donc fondée sur le bon principe lorsqu'elle a examiné la restriction énoncée à l'art. 30 de la LPD et qu'elle a ordonné la divulgation des prix unitaires au motif que ces renseignements n'étaient pas « restreints » au sens de l'art. 24(1) de la LAI en raison du consentement donné par l'appelante—Appel rejeté.

TOP ACES CONSULTING INC. C. CANADA (DÉFENSE NATIONALE) (A-255-11, 2012 CAF 75, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 7 mars 2012, 7 p.)

ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire de la décision rendue par le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (BMBL), au nom de l'intimé, de refuser d'inscrire un médicament de la demanderesse, le THALOMID, au registre des drogues innovantes parce que l'ingrédient médicinal du médicament, le thalidomide, n'est pas une drogue innovante au sens de l'art. C.08.004.1(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870—Le thalidomide a déjà été approuvé sous les noms de KEVADON et TALIMOL avant d'être retiré du marché en raison de ses effets tératogènes—La demanderesse a commercialisé le thalidomide pour le traitement du cancer et d'autres maladies—Affirmant que les données liées au THALOMID constituent des renseignements exclusifs de nature très délicate et confidentielle, la demanderesse a demandé l'inscription du THALOMID au registre—Selon les dispositions du règlement sur la protection des données (le DPD) du *Règlement sur les aliments et drogues*, le BMBL doit examiner si l'ingrédient médicinal a déjà été approuvé par l'intimé à l'égard d'un médicament, conformément à la définition de « drogue innovante » énoncée à l'art. C.08.004.1(1)—Le litige portait principalement sur l'interprétation à donner aux mots « drogues innovantes » et

ALIMENTS ET DROGUES—Fin

sur la question de savoir si la révocation de l'approbation a eu pour effet de conférer au thalidomide le statut d'ingrédient médicinal nouveau—L'intimé n'a pas interprété les DPD en fonction de leur objet—Les DPD visent à faire en sorte qu'une entreprise n'obtienne pas de protection de données à l'égard d'un produit déjà utilisé et pour lequel aucune innovation n'était nécessaire—Les variantes ou modifications mineures apportées à un médicament déjà approuvé sont exclues de la portée de la protection des données—La demanderesse devait démontrer, par la production de nouvelles données, que le thalidomide est un médicament utile et salvateur—Il est contraire à l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, et à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299, de refuser de protéger des données lorsqu'un élément chimique est utilisé à une toute autre fin sur le fondement de données nouvelles en garantissant l'efficacité et l'innocuité—Il serait abusif de conclure qu'un médicament dont l'approbation a été révoquée pour des raisons de sécurité a déjà été approuvé—Il est évident, compte tenu de l'absence de données relatives aux effets nocifs, que l'approbation n'aurait jamais dû être accordée—Même si le KEVADON et le TALIMOL n'étaient pas annulés, mais simplement retirés du marché, les Canadiens ne pouvaient profiter de la découverte et du développement du thalidomide que si de nouveaux médicaments pouvaient être approuvés sur le fondement de données et de renseignements nouveaux en démontrant l'innocuité et l'efficacité—L'approbation antérieure du KEVADON et du TALIMOL ne devrait pas faire obstacle à la protection des données relatives à un produit approuvé subséquemment—Demande accueillie.

CELGENE INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-148-11, 2012 CF 154, juge de Montigny, jugement en date du 6 février 2012, 35 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), qui a annulé le sursis à une mesure de renvoi précédemment accordé—Le demandeur, un citoyen du Ghana, a été reconnu coupable de vol qualifié—La Commission a sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion qui pesait sur lui pour une période de trois ans, sous réserve de certaines conditions—Le demandeur a par la suite été déclaré coupable d'avoir proféré des menaces de causer la mort et des lésions corporelles à l'endroit de sa petite amie—Il a été condamné à une peine avec sursis, assortie d'une période de probation—Il a suivi et réussi une formation d'une journée sur la maîtrise de la colère, comme l'avait exigé l'agent de probation—La Commission a appliqué les facteurs énoncés dans *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (S.A.I.) (QL) dans son réexamen de la décision de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion—Il s'agissait de savoir si la Commission avait fondé sa décision sur des conclusions de fait non étayées par la preuve—La mauvaise interprétation de la preuve par la Commission, ou son défaut d'en tenir compte, sont susceptibles d'avoir eu des répercussions importantes sur l'issue de l'affaire; elle a, entre autres, accordé au crime commis par le demandeur une importance accrue du fait de l'opinion erronée qu'elle avait de ses antécédents judiciaires; elle n'a pas tenu compte de la preuve selon laquelle il avait accepté la responsabilité de ses actes; elle n'a pas tenu compte de la mesure corrective prise pour régler le problème de maîtrise de la colère—Bien que la Commission ait pu être en désaccord avec l'agent de probation quant au fait qu'un programme de formation d'une journée sur la maîtrise de la colère était suffisant pour le demandeur, elle devait expliquer pourquoi elle n'était pas d'accord et estimait que d'autres programmes étaient nécessaires—Il était déraisonnable pour la Commission de reprocher au demandeur de ne pas avoir suivi d'autres cours alors qu'on ne lui avait pas demandé de le faire—Demande accueillie.

BOSOMPEN C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-4865-11, 2012 CF 196, juge Zinn, jugement en date du 10 février 2012, 14 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale (IMM-3647-11), qui a rejeté notamment la requête du demandeur visant à obtenir un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi, avec dépens en faveur du défendeur—L'appelant n'était pas partie à l'instance et n'avait pas été avisé qu'une ordonnance serait prononcée contre lui—Bien que l'intimé reconnaisse que l'appelant était en droit

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'être avisé de l'intention de la Cour fédérale de prononcer une ordonnance contre lui, il a soutenu que la Cour d'appel fédérale n'a pas compétence pour entendre l'appel de la décision de la Cour fédérale, étant donné qu'aucune question grave de portée générale n'a été certifiée, conformément à l'art. 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—L'art. 74d) de la Loi vise à limiter le droit d'appel des parties devant la Cour d'appel fédérale aux demandes de contrôle judiciaire présentées sous le régime de cette disposition—Or, il n'a pas pour effet de priver la personne non partie à l'instance de son droit d'appel dans le cas rare où une ordonnance a été prononcée contre elle sans qu'elle en ait été avisée ni qu'elle ait eu la possibilité d'être entendue—La Cour d'appel fédérale a donc compétence pour entendre l'appel compte tenu des circonstances particulières de l'espèce—Quant à l'ordonnance frappée d'appel, puisqu'elle a été prononcée sans que l'appelant n'en ait été avisé, ni qu'il ait eu la possibilité d'être entendu, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions tirées par la Cour fédérale—L'ordonnance visée par l'appel ne saurait être confirmée puisqu'à l'audience devant la Cour fédérale, l'intimé n'a pas demandé que l'appelant soit condamné aux dépens, ni qu'aucune autre mesure soit prononcée contre lui—Appel accueilli.

KHOKHAR C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (A-263-11, 2012 CAF 66, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 27 février 2012, 5 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent a refusé la demande de statut de résident permanent des demandeurs à titre de membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et à titre de membres de la catégorie des personnes protégées à titre humanitaire—Les demandeurs, des tamouls du Sri Lanka, ont survécu au récent conflit civil qui s'est déroulé dans ce pays—L'agent aurait-il dû tenir compte en particulier des dispositions de l'art. 108(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27?—L'art. 108(4) prévoit que l'art. 108(1)e), lequel a trait au rejet des demandes d'asile, ne s'applique pas si le demandeur prouve qu'il y a des raisons impérieuses de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'il a quitté—La Cour d'appel fédérale, dans une décision antérieure où il était question de l'art. 108(4), a demandé aux agents de déterminer si les éléments de preuve établissent qu'il existe des « raisons impérieuses », que le demandeur invoque ou non l'art. 108(4) comme étant une question en litige—L'agent a l'obligation de se demander si des persécutions, de la torture, des traitements ou des peines antérieurs mis en preuve établissent l'existence de raisons impérieuses pour ne pas rejeter une demande d'asile—Récemment, dans la décision *Alharazim c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1044, la Cour fédérale a conclu que l'art. 108(4) s'appliquait seulement dans des circonstances véritablement exceptionnelles ou extraordinaires et que la dérogation de l'art. 108(4) doit être étroitement circonscrite—En l'espèce, l'agent a conclu que les demandeurs avaient une crainte générale de retourner au pays, mais qu'ils ne seraient pas particulièrement ciblés—L'agent n'a pas tenu compte de l'art. 108(4), mais il aurait dû le faire—Bien que la décision rendue dans *Alharazim* restreigne considérablement la portée de l'art. 108(4), il est difficile de savoir à quel moment un agent doit ou peut ne pas tenir compte du paragraphe 108(4)—Par conséquent, cette question est certifiée afin d'être clarifiée—Demande accueillie.

KUMARASAMY C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2010-11, 2012 CF 290, juge Hughes, jugement en date du 5 mars 2012, 8 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de la décision de l'agent des visas de refuser la demande de la demanderesse pour parrainer 10 autres membres de sa famille—La demande de parrainage présentée en 2005 a échoué, car le revenu de la demanderesse était bien en deça du revenu vital minimum (le RVM)—Toutefois, il a été plus tard interjeté appel de la décision de l'agent des visas, après que l'époux et cosignataire de la demanderesse eut apparemment gagné un revenu supérieur—La SAI a maintenu la décision de l'agent, puisque la demanderesse ne respectait pas l'exigence relative au RVM, tel que le prescrivait l'art. 133(1)f)(i) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Lorsque la SAI s'est demandé si elle devait accorder une mesure discrétionnaire, elle fut préoccupée par l'authenticité du revenu de travail autonome de la demanderesse, tel qu'il était rapporté dans l'avis de cotisation de 2010—Il s'agissait de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la SAI a commis une erreur de droit en rejetant le revenu déclaré par la demanderesse, tel qu'il

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

apparaissait sur l'avis de cotisation de 2010—Selon l'art. 134, l'avis de cotisation revêt une importance déterminante pour savoir si l'exigence relative au RVM a été remplie—L'art. 134 n'impose ni n'interdit d'enquête sur la véracité des données figurant dans les documents fournis au titre du par. 134(1), mais le pouvoir de la SAI d'en faire une découle de sa compétence fondamentale d'accorder une mesure spéciale ou discrétionnaire—Par conséquent, du fait de son pouvoir discrétionnaire d'établir si on a réfuté les motifs d'interdiction de territoire, et s'il convient donc d'octroyer une mesure spéciale, la SAI a le pouvoir d'exiger des éléments de preuve pour corroborer le revenu déclaré dans l'avis de cotisation—Il est permis à la SAI de mettre en doute l'exactitude et la véracité de certains documents financiers soumis à l'appui des demandes de parrainage, et de leur accorder une force probante relative et proportionnelle—Cette interprétation de l'étendue de la compétence de la SAI concorde avec l'objectif de l'ensemble du Règlement—Le Règlement entend veiller à ce que la subsistance des personnes parrainées au Canada soit assurée, et à ce que l'intégrité des dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, sur le parrainage ne soit pas sapée par des déclarations de revenus délibérément ou accidentellement inexactes—Demande rejetée.

MOTALA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-3732-11, 2012 CF 123, juge Rennie, jugement en date du 1^{er} février 2012, 13 p.)

DROIT MARITIME**PORTS**

Contrôle judiciaire de la décision de l'Administration portuaire de Vancouver Fraser (APVF) d'imposer des droits d'infrastructure de la Porte (DIP) aux propriétaires de navires relativement aux marchandises conteneurisées—Les DIP ont été créés afin de rembourser les coûts des projets d'infrastructure assujettis au contrôle de l'APVF, payables, dans le cas des marchandises conteneurisées, par le propriétaire du navire, et dans le cas des marchandises non conteneurisées, par le propriétaire des marchandises—Les demanderesse prétendent, notamment, que les DIP ne sont pas équitables ni raisonnables contrairement à ce qu'exige l'art. 49(3) de la *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10 (la LMC), qu'ils constituent une taxe plutôt que des frais d'utilisateur ou des droits réglementaires, qu'ils leur imposent un fardeau et des coûts administratifs excessifs qui ne peuvent pas être répercutés sur les propriétaires des conteneurs ou des marchandises, lesquels retirent vraisemblablement des avantages de l'amélioration des infrastructures et que l'APVF n'a pas compétence pour imposer des droits aux propriétaires de porte-conteneurs—Les demanderesse n'ont pas établi que les DIP ne sont pas équitables et raisonnables—Les demanderesse font fausse route en s'appuyant sur des décisions administratives qui ont été rendues sous le régime de l'art. 33 de la *Loi sur le pilotage*, L.R.C. (1985), ch. P-14, pour affirmer qu'il doit exister un lien direct entre les droits exigés et la prestation d'un service ou la réception d'avantages pour que les DIP soient licites—L'art. 49 de la LMC est conçu de façon différente; il est plus détaillé et moins expressément lié aux services fournis—Les art. 49(1)a) et b) de la LMC n'établissent aucun lien entre l'imposition de droits et la prestation d'un service—Il s'ensuit que les DIP peuvent être imposés aux propriétaires de porte-conteneurs en vertu de l'art. 49(1)a) ou b) de la LMC—Rien n'oblige l'APVF à établir un lien entre les droits exigés et un service fourni ou un des avantages accordés pour imposer des droits aux propriétaires de porte-conteneurs—Les DIP ne constituent pas une taxe—La réglementation et l'exploitation des administrations portuaires s'inscrivent dans un régime national visant à assurer l'autosuffisance et l'autonomie des ports du Canada tout en préservant leurs opérations interdépendantes—Les utilisateurs retirent des avantages de la réglementation des ports—Il existe un régime de réglementation pour l'exploitation des administrations portuaires, notamment l'APVF; ce régime est applicable aux navires qui utilisent le port de l'APVF—Il existe un lien entre les DIP et le régime en place pour l'exploitation du port, l'utilisation efficace des installations et le mouvement des marchandises dans le port—Demande rejetée.

FÉDÉRATION MARITIME DU CANADA C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE VANCOUVER FRASER (T-953-11, 2012 CF 301, juge Phelan, jugement en date du 12 mars 2012, 18 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**SOCIÉTÉS**

Appel d'une décision (2011 CCI 201) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), qui a rejeté l'appel d'une cotisation établie en vertu de l'art. 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, relativement à des retenues à la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

source non remises par une société minière—Celle-ci a été dissoute pour défaut de production de ses déclarations annuelles, et comme elle n'avait aucun actif, il y a eu défaut d'exécution à l'égard du montant des retenues à la source non remises—L'appelante a soutenu, entre autres, que la cotisation avait été établie après l'expiration du délai prévu par l'art. 227.1(4), parce qu'elle avait cessé d'être administratrice plus de deux ans avant la date de la cotisation; que la condition préalable imposée par l'art. 227.1(2)b) n'avait pas été respectée; que la C.C.I. avait refusé à tort d'admettre ses notes en preuve quant à sa démission, au motif qu'elles constituaient du oui-dire—Les notes pourraient être pertinentes pour déterminer si l'appelante a remis sa démission comme administratrice—La C.C.I. a eu tort de refuser d'admettre les notes en preuve dans le cadre d'une instance régie par les règles de la procédure informelle sans avoir d'abord examiné si ces éléments de preuve sont suffisamment fiables et probants pour justifier leur admission, compte tenu de la nécessité de favoriser une audience juste et expéditive—Quant au moyen de droit fondé sur l'art. 227.1(2) de la Loi (qui exonère l'administrateur de la responsabilité prévue à l'art. 227.1(2) dans les cas prévus aux art. 227.1(2)a), b) ou c)), la Cour a conclu avec raison, dans *Kennedy c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 59 (C.A.F.), confirmant *Kennedy c. ministre du Revenu national*, [1991] 2 C.T.C. 2333 (C.C.I.), que l'art. 227.1(2)b) ne s'applique pas lorsque la société est dissoute en vertu d'une procédure qui n'exige pas la nomination d'un liquidateur ou la présentation d'un titre de créance—La décision *Savoy c. Canada*, 2011 CCI 35, est à écarter sur ce point et ne doit pas être suivie—L'expression « preuve de réclamation » à l'art. 227.1(2)b) s'entend d'un titre de créance produit dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de dissolution—Appel accueilli.

MADISON C. CANADA (A-177-11, 2012 CAF 80, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 8 mars 2012, 11 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire d'une décision du sous-commissaire principal du Service correctionnel du Canada (SCC) selon laquelle le directeur détenait toujours le pouvoir de décision concernant l'attribution d'une cote de sécurité, autre qu'une cote de sécurité maximale, ainsi qu'il est énoncé au paragraphe 12 de la Directive du commissaire DC 705-7—Le demandeur, qui a été condamné pour meurtre au premier degré alors qu'il était encore mineur, a demandé au commissaire adjoint qu'il autorise une dérogation à la politique concernant le placement pendant deux ans dans un établissement à sécurité maximale, avant qu'il ne soit transféré dans un établissement pénitentiaire fédéral pour adultes—Le commissaire adjoint a répondu que le dossier devait être préparé par l'unité d'évaluation initiale avant qu'il ne puisse se prononcer sur la demande de dérogation—Une agente de libération conditionnelle ainsi que le comité chargé du placement pénitentiaire ont recommandé que le demandeur soit placé dans un établissement à sécurité maximale en raison de son caractère belliqueux et de son immaturité—Aucune recommandation n'a été formulée quant à la dérogation—Le litige porte principalement sur la question de savoir si le SCC a incorrectement sous-délégué son pouvoir de décision ou s'il a manqué à son devoir d'agir équitablement dans l'attribution d'une cote de sécurité et lors du placement pénitentiaire du demandeur, compte tenu de la DC 705-7—Une note de service sur le placement pénitentiaire initial établit la procédure à suivre pour l'examen des cas exceptionnels relevant du paragraphe 12 et permet au commissaire adjoint de décider des cas où il serait justifié d'attribuer une cote de sécurité et un placement pénitentiaire autres que la sécurité maximale—Il ne s'agit pas d'une sous-délégation irrégulière du pouvoir décisionnel, mais de précisions apportées au processus prévu au paragraphe 12 de la DC 705-7, qui vise à assurer l'attribution de la cote de sécurité qui convient à chaque détenu—Le commissaire adjoint demeure le décideur principal et de dernière instance—La lettre du sous-commissaire principal n'était pas une sous-délégation irrégulière de son pouvoir décisionnel au directeur de l'établissement, mais la reconnaissance qu'on avait attribué une cote de sécurité initiale au demandeur et qu'elle était désormais du ressort du directeur de l'établissement—Bien que le sous-commissaire principal n'ait pas clairement expliqué pourquoi la décision incombait désormais au directeur de l'établissement, l'approche du SCC était dans l'ensemble conforme à ses politiques internes—Pour que la note de service soit plus claire, il faudrait indiquer que le commissaire adjoint ne doit rendre aucune décision si l'agent de libération conditionnelle ne fait aucune recommandation sur la dérogation—Les pouvoirs délégués aux termes de la DC 705-7 sont de nature administrative; ils sont visés par l'exception au principe portant que celui à qui un pouvoir est délégué ne peut à son tour le déléguer (*delegatus non potest delegare*)—Le demandeur n'a pas épuisé les recours internes dont il disposait—Demande rejetée.

BAGSHAW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-356-11, 2012 CF 291, juge Near, jugement en date du 6 mars 2012, 18 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

TAXATION

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2009 CCI 325), qui a rejeté l'argument de l'appelant voulant que le ministre du Revenu national ait inclus par erreur dans son revenu, pour les années d'imposition en cause, un revenu qu'il avait tiré de son entreprise de pêche commerciale—La C.C.I. a conclu que le revenu en question n'était pas situé sur une réserve et n'était donc pas exempté de taxation en vertu de l'art. 87(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5—Le revenu d'entreprise tiré de la pêche était-il situé sur la réserve?—L'appelant, qui est un Indien inscrit et membre de la Première Nation de Grand Rapids, vit dans la réserve de Grand Rapids—Il travaille à son compte comme pêcheur et est propriétaire de deux quotas de pêche—Il est également membre de la Grand Rapids Fishermen's Co-op (située sur la réserve), qui aide les pêcheurs à vendre le poisson qu'ils pêchent—La C.C.I. a accordé à tort beaucoup de poids au fait que tout le poisson était vendu à l'extérieur de la réserve, à un client de l'entreprise des pêcheurs plutôt qu'à la coopérative; cette dernière jouait un rôle crucial dans tous les aspects des entreprises de pêche de ses membres—Ce que l'acheteur fait avec le poisson après l'avoir acheté n'est pas pertinent pour déterminer le *situs* du revenu tiré de l'entreprise de pêche—La C.C.I. a aussi erronément affirmé que les activités de pêche de l'appelant étaient exercées dans le cours du commerce général et qu'elles n'étaient donc pas exemptées de taxation en vertu de l'art. 87 de la Loi—Il convient d'être prudent lorsqu'on utilise le principe du « marché ordinaire » pour conclure qu'un revenu n'est pas situé sur une réserve—Le fait que la coopérative n'ait pas été propriétaire des quotas de pêche de l'appelant n'affaiblissait pas le lien entre la réserve et l'entreprise de pêche à tel point que le revenu tiré de celle-ci n'était pas situé sur une réserve—L'appel est accueilli.

BALLANTYNE C. CANADA (A-362-09, 2012 CAF 95, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2012, 6 p.)

TERRES

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a reporté toute consultation avec la bande des Dénés de Sambaa K'e (BDSK) et la bande des Dénés de Nahanni Butte (BDNB) jusqu'à ce qu'une entente de principe soit conclue avec la Première Nation Acho Dene Koe (PNADK) à l'issue des négociations ayant cours entre celle-ci et le ministre en matière de revendications territoriales globales—Un conflit frontalier oppose depuis longtemps la BDSK et la PNADK au sujet de terres situées dans l'angle sud-ouest des Territoires du Nord-Ouest (T.N.-O.)—La BDSK et la BDNB affirment qu'en décidant d'attendre qu'une entente de principe soit conclue avec la PNADK avant d'entamer des consultations avec elles au sujet des revendications de territoires qui se chevauchent dans les T.N.-O., le ministre contrevient à son obligation légale et constitutionnelle de les consulter—La BDSK, la BDNB et la PNADK sont des peuples autochtones au sens de l'art. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 44]; et étaient parties au Traité n° 11—Le litige porte sur l'étendue et la teneur de l'obligation de consulter du ministre, ainsi que sur le moment où il doit mener ces consultations—Le critère relatif à l'obligation de consultation et d'accommodement établi dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, s'applique en l'espèce—L'obligation de consultation et d'accommodement repose sur l'honneur de la Couronne; elle comporte un volet substantiel; les consultations doivent être sérieuses—Bien que le ministre conteste le bien-fondé des revendications de la BDSK et de la BDNB, il a une connaissance suffisante pour que soit déclenchée son obligation de consulter en ce qui concerne les droits issus de traités et les droits ancestraux—L'entente entre le ministre et la PNADK est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués par la BDSK et la BDNB—L'étendue et la teneur de l'obligation de consulter du ministre sont déterminées par la solidité des droits ancestraux et des droits issus de traités revendiqués par la BDSK et la BDNB—Puisque la BDSK et la BDNB ont démontré que leur cause est, à première vue, raisonnablement solide, compte tenu des droits ancestraux qu'elles revendiquent sur leur territoire, ceci a pour effet d'intensifier la teneur de l'obligation de consultation de la Couronne—Les décisions déjà prises par le ministre sans consulter la BDSK et la BDNB auront probablement des répercussions importantes sur les droits issus de traités et les droits ancestraux revendiqués et sont susceptibles de les compromettre—La décision du ministre de retarder ses consultations avec la BDSK et la BDNB tant qu'une entente de principe n'aura pas été conclue avec la PNADK n'est pas raisonnable et constitue un manquement à son obligation; le processus suivi est incompatible avec l'honneur de la Couronne—Le ministre a donc l'obligation légale et constitutionnelle de consulter adéquatement, sans délai, la BDSK et la BDNB au sujet des aspects de la revendication territoriale de la PNADK qui porteraient atteinte ou qui seraient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et aux droits issus de traités revendiqués par la BDSK et la BDNB—Demande accueillie.

BANDE DES DÉNÉS DE SAMBAA K'E C. DUNCAN (T-1946-10, 2012 CF 204, juge Mactavish, jugement en date du 10 février 2012, 59 p.)

TRANSPORTS

Appel d'une décision (2011 CF 531) par laquelle la Cour fédérale a conclu que les appelantes (McKeil Marine Inc.), qui exploitent des traversiers entre le port de Windsor et le port de Détroit, doivent payer des droits de déglacement—Les appelantes prétendaient entre autres que la Garde côtière canadienne (la GCC) n'a pas compétence pour percevoir des droits pour des services de déglacement dans les limites du port de Windsor parce que cette compétence a été conférée à l'Administration portuaire de Windsor; l'emploi du mot « transit » comme verbe dans la version anglaise de l'art. 2 du *Barème des droits pour les services de déglacement*, *Gaz. C.* 1999.I.92 (Barème des droits), crée une ambiguïté quant à la question de savoir si seulement une partie ou la totalité du « transit » doit avoir lieu dans la zone de glaces, alors que la version française indique clairement que la totalité du « transit » doit avoir lieu dans la zone de glaces; les droits de déglacement ne s'appliquent que lorsque tant le point de départ que celui d'arrivée se situent dans la zone de glaces; la zone de glaces ne s'applique qu'aux eaux canadiennes; le trajet du port de Windsor au port de Detroit ne constitue donc pas un « transit » et il n'est donc pas assujéti aux droits de déglacement—Le litige portait sur l'interprétation du Barème des droits—L'art. 3 du Barème des droits lève toute ambiguïté découlant de l'art. 2, puisqu'il exige seulement que soit le port de provenance, soit le port d'arrivée se trouve dans la zone de glaces—Comme le port de Windsor est situé dans la zone de glaces, tout trajet qui commence ou finit dans ce port est un « transit » assujéti au Barème des droits—L'obligation du ministre de fournir des services de déglacement n'a pas été attribuée à l'Administration portuaire de Windsor—L'art. 41 de la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31, n'étaye pas l'argument que l'attribution du pouvoir de fixer des droits à un autre organisme prive le ministre, et par conséquent la GCC, du droit d'exiger des droits pour les services rendus—L'article 41 n'est pas une disposition habilitante qui confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de fournir ou non des services de déglacement; il s'agit d'une disposition créatrice d'obligations qui prévoit que les interventions énumérées aux art. 41(1)a) à e) sont non seulement des pouvoirs mais aussi des obligations du ministre—Le législateur a estimé que les services de déglacement étaient nécessaires, c'est pourquoi il a imposé au ministre l'obligation de les fournir—Pour que cette obligation soit attribuée à une autre entité, celle-ci doit aussi avoir l'obligation de fournir des services de déglacement—Aucune disposition n'impose au port de Windsor l'obligation de fournir des services de déglacement—Appel rejeté.

CANADA C. MCKEIL MARINE INC. (A-190-11, 2012 CAF 93, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2012, 12 p.)

