



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2007, Vol. 3, Part 1**

**2007, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2007] 3 F.C.R., 3-243**

**Renvoi [2007] 3 R.C.F., 3-243**

---



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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

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

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

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

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

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

---

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

## **CONTENTS**

Judgments .....	3-243
Digests .....	D-1

<b>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment) (F.C.) .....</b>	<b>125</b>
---	------------

Access to Information—Judicial review of Minister of Environment Canada’s refusal to disclose “analysis” section of memorandum to Cabinet regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) on ground exempt from disclosure under *Access to Information Act* (Act), ss. 21(1)(a), (b)—Analysis section presenting objective analysis of background of issue, factors considered in arriving at possible options—Pursuant to Act, s. 48, Minister having burden of proving applicability of exemption to particular set of records—Interplay between ss. 21, 69 considered—S. 21(1)(a) exempting from disclosure “advice or recommendations” to minister of Crown—“Advice” excluding largely factual information—S. 21(1)(b) excluding from disclosure account of consultations, deliberations involving minister of Crown—Factual information generally excluded from scope of s. 21(1)(b)—Refusal to disclose disputed passages on basis of Act, ss. 21(1)(a), (b) unreasonable—Primarily based on fact

*Continued on next page*

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

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

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

---

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

## **SOMMAIRE**

Jugements .....	3-243
Fiches analytiques .....	F-1

<b>Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de l’Environnement) (C.F.) .....</b>	<b>125</b>
--	------------

Accès à l’information—Contrôle judiciaire du refus du ministre de l’Environnement du Canada de communiquer la section « analyse » d’un mémoire au Cabinet relatif au méthylecyclopentadiényl manganèse tricarbonyle (MMT) au motif qu’elle est soustraite à la communication en application des art. 21(1)a) et b) de la *Loi sur l’accès à l’information*—La section « analyse » présentait une analyse objective du contexte de la question et des facteurs pris en compte pour arriver aux solutions possibles—En vertu de l’art. 48 de la Loi, c’est au ministre qu’il appartient de prouver l’applicabilité d’une exception à un ensemble donné de documents—Examen de l’interaction entre les art. 21 et 69—L’art. 21(1)a) exclut de la communication les « avis ou recommandations » élaborés pour un ministre—Les « avis » excluent les renseignements surtout factuels—L’art. 21(1)b) exclut de la communication les comptes rendus de consultations ou délibérations où est concerné un ministre—Les renseignements factuels seront en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

MMT issue active policy file for government—Minister must consider public interest for, against disclosure; weigh competing interests with purposes of Act—Deputy Minister not considering whether disclosure possible without impairing effectiveness of government—Insufficient reasons regarding Minister’s “weighing” process on standard of reasonableness—Evidence not supporting Minister’s conclusion releasing disputed passages would compromise future government action on MMT issue.

Construction of Statutes—*Access to Information Act*, ss. 69, 21(1)(a),(b)—Judicial review of Minister of Environment Canada’s refusal to disclose analysis portion of memorandum to Cabinet regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl on ground requested records exempt from disclosure under *Access to Information Act* (Act), ss. 21(1)(a), (b)—While Act, s. 69(1) providing Act not applying to Cabinet confidences as general rule, s. 69(3)(b) stating “discussion papers” excluded from application of s. 69(1) if decision related thereto made public or more than four years old—Plain reading of ss. 69(1), (3) indicating if record within scope of s. 69(3), then, as exception to rule in s. 69(1), Act applying in respect thereof—Because specific exemption under s. 21(1) distinct from terminology in s. 69(3)(b), whatever Parliament’s intention regarding discussion papers, intention as expressed in s. 21(1) is that Minister has discretion to refuse to disclose records containing information described therein—Act, s. 21(1)(a) providing discretionary exemption from disclosure for “advice or recommendations developed by or for government institution or minister of the Crown”—“Advice” including expression of opinion on policy-related matters but excluding information of largely factual nature—Combined effect of ss. 21(1)(a), (b) to exempt from disclosure under Act very wide range of documents generated in internal policy processes of government institution—Terms “account”, “consultations” “deliberations” in s. 21(1)(b) not defined in Act but Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines offering guidance—Only information describing advice provided, consultations undertaken or exchange of views leading to particular decision as exemptible under Act, s. 21(1)(b)—Factual information generally excluded from scope of s. 21(1)(b).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

général exclus du champ de l’art. 21(1)b—Le refus, fondé sur les art. 21(1)a) et b) de la Loi, de communiquer les passages contestés était déraisonnable—Ce refus s’expliquait principalement par le fait que la question du MMT demeurerait pour le gouvernement un dossier actif—Le ministre doit considérer s’il est ou non dans l’intérêt public qu’un document soit communiqué et mettre en balance les intérêts rivaux en gardant à l’esprit les objets de la Loi—Le sous-ministre ne s’est pas demandé si la communication était possible sans que cela nuise à l’efficacité du gouvernement—La mise en balance du ministre selon la norme de la décision raisonnable ne reposait pas sur des motifs suffisants—Aucune preuve n’appuyait la conclusion du ministre selon laquelle la communication des passages contestés mettrait en péril l’action future du gouvernement en ce qui a trait au MMT.

Interprétation des lois—Art. 69 et 21(1)a) et b) de la *Loi sur l’accès à l’information*—Contrôle judiciaire du refus du ministre de l’Environnement du Canada de communiquer la section « analyse » d’un mémoire au Cabinet relatif au méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle au motif que les documents demandés sont soustraits à la communication en application des art. 21(1)a) et b) de la *Loi sur l’accès à l’information* (la Loi)—Bien que l’art. 69(1) de la Loi prévoie que, de manière générale, la Loi ne s’applique pas aux documents confidentiels du Cabinet, l’art. 69(3)b) exclut les « documents de travail », dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou ont été rendues quatre ans auparavant, de l’application de l’art. 69(1)—Il appert d’une simple lecture des art. 69(1) et (3) que, si un document entre dans le champ de l’art. 69(3), alors, comme exception à la règle de l’art. 69(1), la Loi s’applique audit document—Parce que l’exception particulière de l’art. 21(1) se distingue des mots employés dans l’art. 69(3)b), il s’ensuit que, quelle qu’ait pu être l’intention du législateur à propos des documents de travail, l’intention exprimée dans l’art. 21(1) est que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents contenant des renseignements décrits dans cette disposition—L’art. 21(1)a) de la Loi prévoit une exception discrétionnaire pour les « avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre »—Les « avis » comprennent l’expression d’une opinion sur des questions de politique, mais excluent les renseignements de nature très factuelle—L’effet combiné des art. 21(1)a) et b) est d’exclure de la communication prévue par la Loi un très grand nombre de documents établis dans les processus internes d’élaboration des politiques d’une institution fédérale—Les mots « compte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) . . . . . 169**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Persons in Need of Protection—Appeal against Federal Court’s decision upholding decision of pre-removal risk assessment (PRRA) officer denying appellants protected person status—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 97(1)(b)(iv) excluding from protection person whose removal would subject them personally to risk to life caused by “inability [of a claimant’s country of nationality] to provide adequate health or medical care”—Appellants Mexican citizens—Male appellant diagnosed in Canada with life-threatening illness, needing medical treatment—PRRA application under IRPA, s. 160 denied, humanitarian and compassionate (H&C) grounds application pending—Meaning of phrase “inability of that country to provide adequate health or medical care” in IRPA, s. 97(1)(b)(iv)—Provision to be broadly interpreted—Onus on applicant to establish personalized risk to life not caused by country’s inability to provide adequate health care—“Inability to provide adequate medical services” including situations where foreign government allocating limited public funds such that less prosperous citizens having to defray part or all of medical expenses—Exclusion should exclude persons whose claims based on evidence native country unable to provide adequate medical care for legitimate reasons, not illegitimate reasons—Federal Court not committing palpable, overriding error in upholding PRRA officer’s decision—Male appellant failed to prove removal to Mexico subjecting him personally to risk to life—Certified question of whether exclusion under IRPA, s. 97(1)(b)(iv) violating Charter not answered given lack of evidentiary foundation, appellants’ pending H&C application—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

rendu », « consultations » et « délibérations » utilisés à l’art. 21(1)*b*) ne sont pas définis dans la Loi, mais le Guide du Conseil du Trésor sur les politiques et lignes directrices en matière d’accès à l’information sert de guide—Seuls les renseignements décrivant l’avis donné, les consultations entreprises ou l’échange d’idées conduisant à une décision particulière constituent un compte rendu pouvant faire l’objet d’une exception en vertu de l’art. 21(1)*b*) de la Loi—Les renseignements factuels devront en général être exclus du champ de l’art. 21(1)*b*).

### **Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) . . . . . 169**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Personnes à protéger—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale confirmant la décision d’un agent d’examen des risques avant renvoi (agent d’ERAR) de refuser de reconnaître aux appellants la qualité de personnes à protéger—L’art. 97(1)*b*)(iv) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) prévoit que ne peuvent avoir la qualité de personnes à protéger les demandeurs d’asile qui sont exposés à une menace à leur vie causée par « l’incapacité du pays [de leur nationalité] de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats »—Les appelants sont des citoyens du Mexique—On a diagnostiqué chez l’appelant une maladie qui met sa vie en danger et on lui a prescrit un traitement médical—La demande d’ERAR présentée en vertu de l’art. 160 de la LIPR a été rejetée et la demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaires était en instance—Sens de l’expression « incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats » à l’art. 97(1)*b*)(iv) de la LIPR—La disposition doit recevoir une interprétation large—Le demandeur doit établir que la menace à sa vie à laquelle il serait personnellement exposé ne résulte pas de l’incapacité de son pays de fournir des soins de santé adéquats—L’expression « incapacité de fournir des soins médicaux adéquats » englobe les cas dans lesquels un gouvernement étranger décide d’allouer ses fonds publics limités d’une façon qui oblige certains de ses citoyens moins bien nantis à assumer une partie de leurs frais médicaux—L’exception devrait exclure les personnes qui fondent leur demande sur des éléments de preuve tendant à démontrer que leur pays d’origine est incapable de fournir des soins médicaux adéquats pour des raisons légitimes, pas pour des raisons qui ne le sont pas—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante en confirmant la décision de l’agent d’ERAR—L’appelant n’a pas démontré que son renvoi au Mexique l’exposait personnellement à une menace à sa vie—

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal against Federal Court’s decision upholding decision of pre-removal risk assessment (PRRA) officer denying appellants protected person status—Federal Court determining PRRA officer not having jurisdiction to consider constitutional issues in PRRA application—Absent explicit statutory grant, court must examine relevant factors to determine whether legislator intended to confer on tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under challenged provision—Relevant factors including: (1) PRRA officer’s statutory mandate; (2) tribunal’s interaction with other elements of administrative system; (3) tribunal’s adjudicative nature; (4) practical considerations (ex. tribunal’s capacity to consider questions of law)—Although PRRA officers making extremely important decisions, not having implied jurisdiction to consider questions of law, declare inoperative IRPA provisions when operation would result in person’s Charter rights violation.

### **Desrochers v. Canada (Industry) (F.C.A.) . . . . . 3**

Official Languages—Appeal from decision of Federal Court dismissing application for declaratory, injunctive relief, costs under *Official Languages Act* (OLA), s. 77(1)—Complaint concerning North Simcoe Community Futures Development Corporation’s dearth of services in French, contrary to OLA, Parts IV, VII—Trial Judge finding North Simcoe acting on behalf of Industry Canada within meaning of OLA, s. 25, required to provide equal services in French, English—However, because at time OLA, s. 77(1) application made in 2004, North Simcoe providing equal services, application dismissed, notwithstanding violation in 2000 when complaint filed—Judge wrong to dismiss application with respect to violations of OLA, Part IV—F.C.A. stating in *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

La Cour a refusé de répondre à la question certifiée de savoir si l’exclusion en vertu de l’art. 97(1)b)(iv) de la LIPR contrevient à la Charte parce que les allégations ne reposaient pas sur la preuve et parce que les appelants avaient une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire en instance — Appel rejeté.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale confirmant la décision d’un agent d’examen des risques avant renvoi (agent d’ERAR) de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger— La Cour fédérale a établi que l’agent d’ERAR n’a pas compétence pour examiner des questions constitutionnelles lorsqu’il est saisi d’une demande d’ERAR—À défaut d’une attribution expresse de pouvoir, la Cour doit prendre en considération des facteurs pertinents pour établir si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l’application de la disposition contestée—Les facteurs pertinents comprennent : 1) la mission que la loi confère à l’agent d’ERAR; 2) l’interaction du tribunal avec les autres composantes du régime administratif; 3) la nature juridictionnelle du tribunal; 4) des considérations pratiques (p. ex. la capacité du tribunal de se prononcer sur des questions de droit)—Même si les agents d’ERAR rendent des décisions extrêmement importantes, ils n’ont pas la compétence implicite pour examiner des questions de droit et pour déclarer inopérants des paragraphes de la LIPR dont l’application entraînerait une violation des droits garantis à une personne en vertu de la Charte.

### **Desrochers c. Canada (Industrie) (C.A.F.) . . . . . 3**

Langues officielles—Appel à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de jugement déclaratoire, d’injonction et de dépens faite en vertu de l’art. 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* (LLO)—La plainte visait le manque de services en français offerts par la Société d’aide au développement des collectivités de Simcoe Nord en contravention aux parties IV et VII de la LLO—Le juge de première instance a conclu que Simcoe Nord agissait pour le compte d’Industrie Canada au sens de l’art. 25 et qu’elle était tenue d’offrir des services égaux en français et en anglais—Cependant, parce que Simcoe Nord fournissait des services égaux lorsque la demande en vertu de l’art. 77(1) de la LLO a été présentée en 2004, la demande a été rejetée malgré le manquement commis en l’an 2000, lorsque la plainte

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Agency*) that for purposes of OLA, s. 77(1) application, date of filing of complaint with Commissioner of Official Languages relevant date (in case at bar, that date March 15, 2000)—Still, Judge’s refusal to grant relief sought by appellants not palpable, overriding error, as corrective measures taken and no evidence OLA, Part IV violated when OLA, s. 77(1) application made—Appellants nonetheless entitled to costs as relief, pursuant to OLA, s. 81, as complaint well founded when made, but no longer warranted at time of proceeding, hearing—Appeal allowed.

### **Gunn v. Canada (F.C.A.)** ..... 57

Income Tax—Income Calculation—Farming—Appeal from Tax Court of Canada judgment dismissing appeal from reassessments made under *Income Tax Act* (Act) for 1997, 1998, 1999, in which s. 31 applied to limit farm loss deduction to \$8,750—Appellant building up law practice, farming business for over 30 years—Law practice relatively profitable whereas farming business resulting in operating losses—Appellant testifying farming resulted in connections enhancing profitability of law practice, unique synergy existing between two sources of income—Test for application of s. 31 involving principal question (whether farming chief source of income), combination question (whether chief source of income is combination of farming, other source of income)—S. 31 applying if both questions negatively answered—1978 Supreme Court of Canada decision in *Moldowan v. The Queen* establishing if farming merely hobby, taxpayer not entitled to claim any deduction in respect of expenses incurred therein—Distinction between farmers burdened, not burdened by s. 31 based on comparison between economic characteristics of farming business, other taxable activities—*Moldowan’s* treatment of combination question in s. 31 criticized, particularly Dickson J.’s comment s. 31 should apply to person for whom farming “sideline” business, “subordinate” source of income—S. 31 not imposing additional requirement farming must be predominant element in combination—Combination question requiring aggregation of capital, income, time—Because appellant’s farming operations clearly having profit potential, Tax Court judgment set aside—Tax Court

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

a été portée—Le juge s’est mépris lorsqu’il a rejeté la demande relative aux manquements à la partie IV de la LLO—La C.A.F. a statué dans l’arrêt *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada* (Agence canadienne d’inspection des aliments) que la date du dépôt de la plainte au commissaire aux langues officielles est, pour les fins du recours de l’art. 77(1) de la LLO, celle qui est pertinente (le 15 mars 2000 en l’espèce)—Cependant, le refus du juge d’accorder la réparation demandée par les appelants n’était pas entaché d’une erreur manifeste et dominante parce que des correctifs avaient été apportés et qu’il n’y avait pas de preuve suffisante pour conclure que la partie IV de la LLO n’avait pas été respectée à la date du dépôt du recours sous l’art. 77(1)—Les appelants avaient néanmoins droit aux dépens en vertu de l’art. 81 de la LLO puisque la plainte était fondée lorsqu’elle a été présentée, mais elle n’était plus justifiée lors de la poursuite et de l’audition—Appel accueilli.

### **Gunn c. Canada (C.A.F.)** ..... 57

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Entreprises agricoles—Appel d’un jugement de la Cour canadienne de l’impôt rejetant l’appel formé à l’encontre de nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la Loi) pour les années 1997, 1998 et 1999 dans le cadre desquelles l’art. 31 a été appliqué pour limiter à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de l’appelant—Pendant plus de 30 ans, l’appelant a géré un cabinet juridique et une entreprise agricole—Le cabinet juridique a été relativement lucratif, mais l’entreprise agricole a donné lieu à des pertes d’exploitation—L’appelant a déclaré que ses activités agricoles lui ont permis de se faire des relations qui ont accru la rentabilité de son cabinet d’avocats; il s’agissait d’une synergie unique entre deux sources de revenu—Le critère relatif à l’application de l’art. 31 porte sur la question principale (si l’agriculture constitue la principale source de revenu) et la question de la combinaison (si la principale source de revenu est à la fois l’agriculture et une autre source de revenu)—L’art. 31 s’applique si la réponse aux deux questions est négative—La décision que la Cour suprême du Canada a rendue en 1978 dans l’arrêt *Moldowan c. La Reine* précise que si le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées—La distinction entre les agriculteurs soumis à l’art. 31 et ceux qui ne le sont pas est fondée sur une comparaison entre les caractéristiques économiques de l’entreprise agricole et celles des autres activités imposables—La manière dont l’arrêt *Moldowan* répond à la question de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

incorrectly interpreting s. 31 since factual connection between farming, other source of income not precondition for positive answer to combination question.

Construction of Statutes—*Income Tax Act*, s. 31—Appeal from Tax Court of Canada judgment dismissing appeal from reassessments made under *Income Tax Act* (Act) for 1997, 1998, 1999, in which s. 31 applied to limit farm loss deduction to \$8,750—Textual, contextual, purposive analysis of s. 31—In *Moldowan v. The Queen*, 1978 S.C.C. case, Dickson J. attempting to give rational meaning to general words of s. 31 when interpreting combination question—Approach contravening recent case law warning against development of judge-made rules in tax matters—Words in s. 31 regarding combination question general but ordinary meaning comprehensible—“Combination” implying addition or aggregation—In fiscal context, statutory interpretation must be informed by recognition taxpayers requiring consistent, predictable, fair rules—Where taxing statute not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness, should be resolved in favour of taxpayer—Principle used only as last resort when ordinary statutory interpretation principles leaving uncertainty as to application of statute to particular case—Because s. 31 not reasonably clear, principle should apply—Combination question not to be interpreted according to judge-made test requiring farming to be predominant element in combination of farming, second source of income but requiring generous interpretation, aggregation of various relevant economic factors.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

combinaison dont parle l'art. 31 a suscité des critiques, surtout l'observation du juge Dickson selon laquelle l'art. 31 devrait s'appliquer à la personne pour qui l'agriculture est une activité « secondaire » ou une source « accessoire » de revenu—Il n'y a, dans l'art. 31, rien qui impose une condition supplémentaire selon laquelle l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison—La question de la combinaison commande d'agréger le capital, le revenu et le temps—Comme les activités agricoles de l'appelant offrent manifestement des possibilités de profit, le jugement de la Cour de l'impôt a été infirmé—La Cour de l'impôt a interprété de manière erronée l'art. 31 puisqu'un lien concret entre l'agriculture et une autre source de revenu ne constitue pas une condition préalable à une réponse positive à la question de la combinaison.

Interprétation des lois—Art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel formé à l'encontre de nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) pour les années 1997, 1998 et 1999 dans le cadre desquelles l'art. 31 a été appliqué pour limiter à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de l'appelant—L'art. 31 appelle une analyse textuelle, contextuelle et téléologique—Dans *Moldowan c. La Reine*, arrêt de 1978 de la C.S.C., le juge Dickson voulait donner une signification rationnelle aux termes communs de l'art. 31 dans le cadre de son interprétation de la question de la combinaison—Cette manière d'interpréter la question va à l'encontre de la jurisprudence récente mettant en garde contre le développement de règles jurisprudentielles en matière fiscale—Les termes de l'art. 31 qui exposent la question de la combinaison sont des termes courants, mais leur sens grammatical ordinaire est intelligible—La « combinaison » évoque une addition ou un agrégat—En matière fiscale, l'interprétation des lois doit prendre en compte le fait que le contribuable a besoin de règles qui soient uniformes, prévisibles et équitables—Si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable—Ce principe ne doit être utilisé qu'en dernier recours, lorsque l'application des principes ordinaires de l'interprétation des lois laisse subsister une incertitude sur la question de savoir si la loi doit s'appliquer à tel ou tel cas—Parce que l'art. 31 n'est pas raisonnablement clair, le principe devrait s'appliquer—La question de la combinaison ne doit pas être interprétée en fonction du critère jurisprudentiel selon lequel l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison de l'agriculture et de la seconde source de revenu; elle doit plutôt bénéficier d'une interprétation plus

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.)** ..... 102

Patents—Practice—Appeal from Federal Court judgment dismissing application for judicial review of Minister of Health’s decision not to list Canadian Patent No. 2141964 (‘964 patent) on patent register—Appellant seeking to have ‘964 patent, issued on October 21, 2003, listed against drug Bondronat—Notice of compliance for Bondronat issued to Boehringer Mannheim Canada Ltd. in August 1997—After Boehringer Canada, appellant consolidating in 1998, Minister accepting appellant as *de facto* corporate successor thereof, owner of listed drug products, related documentation—Appellant subsequently filing submission (administrative submission) for change in manufacturer’s name regarding Bondronat, receiving notice of compliance therefor in own name—Although appellant submitting first application to list ‘964 patent within prescribed time limit, application rejected because submission to which application relating merely administrative submission, and as such could not be used for patent listing application under NOC Regulations, s. 4(4)—Appellant’s second application rejected for untimeliness—Minister correct in characterizing first submission as supplement within *Food and Drug Regulations*, s. C.08.003 that did not engage his obligation to assess safety, effectiveness of drug, as submission reflecting proposed name change of entity marketing Bondronat and notice of compliance for Bondronat already issued to Boehringer Canada —When appellant submitted application to list ‘964 patent with respect to Bondronat, appellant continuation of Boehringer Canada given amalgamation—Because supplement to new drug submission supporting patent listing application made only to reflect change in manufacturer’s name, supplement not submission capable of supporting filing of new or amended patent list—This conclusion established by Court’s case law—Minister also correctly rejecting appellant’s second application because filed outside 30-day time limit—Appeal dismissed (Pelletier J.A. dissenting).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

libérale, qui commande d’agréger divers facteurs économiques pertinents.

### **Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.)** ..... 102

Brevets—Pratique—Appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre de la Santé de ne pas inscrire le brevet canadien n° 2141964 (le brevet ‘964) au registre des brevets—L’appelante cherchait à inscrire le brevet ‘964 qui a été délivré le 21 octobre 2003 à l’égard de la drogue Bondronat—L’avis de conformité à l’égard du Bondronat a été délivré à Boehringer Mannheim Canada Ltée en août 1997—Après la fusion de Boehringer Canada et de l’appelante en 1998, le ministre a accepté que l’appelante succède dans les faits à Boehringer Canada à l’égard des produits médicamenteux et de la documentation connexe—Par la suite, l’appelante a déposé une présentation (présentation administrative) en vue du changement de nom du fabricant à l’égard du Bondronat pour recevoir un avis de conformité à l’égard de celui-ci en son propre nom—Bien que l’appelante ait déposé la première demande d’inscription du brevet ‘964 dans les délais prescrits, la demande a été rejetée parce la présentation, s’agissant d’une simple présentation administrative, ne pouvait pas être utilisée dans une demande d’inscription de brevets en application de l’art. 4(4) du Règlement—La deuxième demande de l’appelante a été rejetée parce qu’elle était hors délai—La caractérisation, par le ministre, de la première présentation comme un supplément au sens de l’art. C.08.003 du *Règlement sur les aliments et drogues* ne déclenchant pas son obligation d’évaluer l’innocuité ou l’efficacité de la drogue était exacte parce que la présentation signalait le changement de nom projeté de l’entité qui allait commercialiser le Bondronat et un avis de conformité à l’égard du Bondronat avait déjà été délivré à Boehringer Canada—Lorsque l’appelante a déposé la demande d’inscription du brevet ‘964 à l’égard du Bondronat, elle succédait à Boehringer Canada en raison de la fusion—Parce qu’un supplément à la présentation de drogue nouvelle à l’appui d’une demande d’inscription de brevet a été déposé uniquement pour indiquer un changement dans le nom du fabricant, il ne peut justifier le dépôt d’une nouvelle liste de brevets ou d’une liste de brevets modifiée—La jurisprudence de la Cour établit cette conclusion—Le ministre avait aussi raison de rejeter la deuxième demande de l’appelante parce qu’elle a été déposée hors délai—Appel rejeté (juge Pelletier, J.C.A., dissident).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Redeemer Foundation v. M.N.R. (F.C.A.) . . . . . 40**

Income Tax—Practice—Appeal from Federal Court decision declaring appellant’s acquisition of list of donors from respondent unlawful as judicial authorization not obtained pursuant to *Income Tax Act*, s. 231.2(2)—*Income Tax Act*, ss. 230 (requirement to keep records and books), 231.1 (inspections), authorizing appellant to demand, obtain list of donors without court authorization—Fact Act, s. 231.2(2) making specific reference to unnamed persons not taking appellant’s request outside operation of ss. 230, 231.1—Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

### **Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) . . . . . 198**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Removal of Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision upholding Immigration and Refugee Board decision to issue deportation order on grounds of organized criminality under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(a)—Appellant alleged member of criminal gang—Act, s. 33 permitting decision maker to consider past, present, future facts when making determination as to inadmissibility—Words “being a member of an organization” in Act, s. 37(1)(a) including person not member of criminal organization at time of inadmissibility report, but member before that time—Meaning of “organization” in s. 37(1)(a)—Factors considered by Board, Federal Court supporting conclusion gang to which appellant belonged “organization”—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—Appellant found by Immigration and Refugee Board to be member of criminal organization within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 37(1)(a)—Act, s. 33 establishing “rule of interpretation” permitting decision maker to consider past, present, future facts when making determination as to inadmissibility—Unrestricted, broad interpretation to be given to word “organization” used in s. 37(1)(a)—Provision intended to prioritize security of Canadians, tackle organized crime—Flexible approach necessary in assessing whether attributes of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Fondation Redeemer c. M.R.N. (C.A.F.) . . . . . 40**

Impôt sur le revenu—Pratique—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a déclaré que l’appelant a obtenu illégalement une liste de donateurs de l’intimée parce qu’il n’a pas demandé l’autorisation d’un juge en vertu de l’art. 231.2(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*—Les art. 230 (obligation de tenir des registres et des livres de comptes) et 231.1 (Enquêtes) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* permettent à l’appelant de demander et d’obtenir une liste de donateurs sans autorisation judiciaire—Le fait que l’art. 231.2(2) de la Loi fasse expressément mention de personnes non désignées nommément n’exclut pas la demande de l’appelant de l’application des art. 230 et 231.1—Appel accueilli; appel incident rejeté.

### **Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) . . . . . 198**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Renvoi de résidents permanents—Appel d’une décision de la Cour fédérale confirmant la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d’expulsion pour criminalité organisée en vertu de l’art. 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’appelant serait membre d’une bande de criminels—L’art. 33 de la Loi permet au décideur de tenir compte de faits passés, présents et futurs pour décider si une personne est interdite de territoire—L’expression « être membre d’une organisation » à l’art. 37(1)a) de la Loi comprend une personne qui n’était pas membre d’une organisation criminelle au moment du rapport d’interdiction de territoire, mais qui l’était auparavant—Sens du terme « organisation » à l’art. 37(1)a)—Les facteurs que la Commission et la Cour fédérale ont pris en considération appuyaient la conclusion portant que la bande à laquelle appartenait l’appelant était une « organisation »—Appel rejeté.

Interprétation des lois—La Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que l’appelant était membre d’une organisation criminelle en application de l’art. 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’art. 33 de la Loi établit une « règle d’interprétation » qui permet au décideur de tenir compte de faits passés, présents et futurs pour décider si une personne est interdite de territoire—Le terme « organisation » employé à l’art. 37(1)a) doit recevoir une interprétation libérale, sans restriction aucune—L’intention de cette disposition est d’assurer la sécurité des Canadiens et de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

particular group meet requirements of Act.

### **Sui v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 218**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Persons with Temporary Status—Judicial review of decision of Minister’s delegate to issue exclusion order based on *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 41(a), 29(2)—Applicant’s study permit expired July 31, 2005—As work permit application subsequently denied, applicant continuing studies—Applied within 90 days of expiry of study permit to have temporary resident status restored pursuant to IRP Regulations, s. 182—Two inadmissibility reports issued under IRPA, s. 44(1) but only report involving IRPA, ss. 41(a), 29(2) considered by Minister’s delegate before issuing exclusion order—Minister’s delegate’s decision not referring to application for restoration of status—Officer reviewing IRP Regulations, s. 182 application, must restore status if applicant meeting initial requirements of stay, all other conditions imposed—No evidence applicant failing to comply with Act, Regulations other than failure to leave Canada when status expired—Minister’s delegate’s decision set aside—Error of law to consider applicant not entitled to apply for status restoration simply because IRPA, s. 44(1) report issued after application filed—Questions regarding consideration of application for restoration by Minister’s delegate certified—Application allowed.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 182—Judicial review of decision of Minister’s delegate to issue exclusion order based on *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 41(a), 29(2)—Objectives of IRPA, s. 3(1)(g) regarding temporary resident status to facilitate entry of visitors, students, temporary workers—Objectives to be balanced with CIC’s programs, need to promote due compliance with IRPA obligations—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

lutter contre la criminalité organisée—Il faut faire preuve de souplesse lorsqu’on décide si les caractéristiques d’un groupe particulier satisfont aux exigences de la Loi.

### **Sui c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) . . . . . 218**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Personnes ayant un statut temporaire—Contrôle judiciaire de la décision d’un délégué du ministre de prendre une mesure d’exclusion fondée sur les art. 41 et 29(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Le permis d’études du demandeur a expiré le 31 juillet 2005—Comme sa demande de permis de travail a été rejetée par la suite, le demandeur a poursuivi ses études—Le demandeur a présenté une demande de rétablissement de son statut de résident temporaire en application de l’art. 182 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) dans les 90 jours suivant l’expiration de son permis d’études—Deux rapports d’interdiction de territoire ont été établis en application de l’art. 44(1) de la LIPR, mais le délégué du ministre a seulement pris en considération le rapport fondé sur les art. 41 et 29(2) de la LIPR avant de prendre une mesure d’exclusion—Dans sa décision, le délégué du ministre ne mentionnait pas la demande de rétablissement du statut—L’art. 182 du Règlement dispose que l’agent rétablit le statut s’il est établi que le demandeur satisfait aux exigences initiales de sa période de séjour et qu’il s’est conformé à toute autre condition imposée—La preuve ne permettait nullement de penser que le demandeur n’avait pas satisfait à la LIPR ou au Règlement, à l’exception du fait qu’il n’avait pas quitté le Canada au moment de l’expiration de son statut—La décision du délégué du ministre a été annulée—Une erreur de droit a été commise lorsqu’on a jugé que le demandeur n’avait pas le droit de présenter une demande de rétablissement simplement parce qu’un rapport a été rédigé en vertu de l’art. 44(1) de la LIPR après le dépôt de sa demande—Des questions concernant l’examen de la demande de rétablissement par le délégué du ministre ont été certifiées—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Art. 182 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement)—Contrôle judiciaire de la décision d’un délégué du ministre de prendre une mesure d’exclusion fondée sur les art. 41 et 29(2) de la LIPR—L’art. 3(1)(g) de la LIPR précise que l’objet de la Loi quant au statut de résident permanent est de faciliter l’entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires—Cet objectif doit être équilibré par les programmes de CIC et

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS (Concluded)**

Applying basic principles of statutory interpretation, Minister's delegate having discretion, even duty under IRPA, s. 44(2) to consider fact applicant had applied for status restoration before IRPA, s. 44(1) report issued there against for failure to leave Canada after expiry of status.

## **SOMMAIRE (Fin)**

la nécessité de promouvoir le respect des diverses obligations prévues par la LIPR—Il ressort de l'application des principes de base de l'interprétation des lois que le délégué du ministre avait le pouvoir discrétionnaire, et même l'obligation, en vertu de l'art. 44(2) de la LIPR, de tenir compte du fait que le demandeur avait demandé le rétablissement de son statut bien avant de faire l'objet d'un rapport rédigé en vertu de l'art. 44(1) parce qu'il avait omis de quitter le Canada à la fin de son séjour autorisé.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 107 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-164-06, A-187-06, A-188-06, A-196-06, A-197-06, A-198-06, A-199-06, A-200-06, 2007 FCA 199). The reasons for judgment handed down 25/5/07, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry)*, [2006] 4 F.C.R. 241 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-107-06, 2007 FCA 212, Evans J.A. dissenting). The reasons for judgment handed down 1/6/07, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Chu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 578 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-363-06, 2007 FCA 205), reasons for judgment handed down 29/5/07.

*G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, T-1067-05, 2007 FC 81, Hughes J., judgment dated 24/1/07, which will be published in the *Federal Courts Reports*, has been reversed on appeal (A-66-07, 2007 FCA 173). The reasons for judgment handed down 30/4/07, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 561 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-182-06, A-185-06, 2007 FCA 171), reasons for judgment handed down 30/4/07.

*Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 168 (F.C.), has been reversed on appeal (A-38-06, 2007 FCA 198). The reasons for judgment handed down 25/5/07, will be published in the *Federal Courts Reports*.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 107 (C.F.), a été confirmée en appel (A-164-06, A-187-06, A-188-06, A-196-06, A-197-06, A-198-06, A-199-06, A-200-06, 2007 CAF 199). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25-5-07, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2006] 4 R.C.F. 241 (C.F.), a été confirmée en appel (A-107-06, 2007 CAF 212, le juge Evans, J.C.A., dissident). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 1-6-07, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Chu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 578 (C.F.), a été confirmée en appel (A-363-06, 2007 CAF 205), les motifs du jugement ayant été prononcés le 29-5-07.

La décision *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, T-1067-05, 2007 CF 81, le juge Hughes, jugement en date du 24-1-07, qui sera publiée dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, a été infirmée en appel (A-66-07, 2007 CAF 173). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 30-4-07, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 561 (C.F.), a été confirmée en appel (A-182-06, A-185-06, 2007 CAF 171), les motifs du jugement ayant été prononcés le 30-4-07.

La décision *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 168 (C.F.), a été infirmée en appel (A-38-06, 2007 CAF 198). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25/5/07, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

## SUPREME COURT OF CANADA

### *Applications for leave to appeal*

*Abbott v. Canada*, A-93-05, 2006 FCA 342, Pelletier J.A., judgment dated 20/10/06, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Boudreau v. M.N.R.*, A-248-05, 2007 FCA 32, Pelletier J.A., judgment dated 5/2/07, leave to appeal to S.C.C. refused 17/5/07.

*Caisse populaire Desjardins de l'est de Drummond v. Canada*, A-624-05, 2006 FCA 366, Létourneau J.A., judgment dated 8/11/06, leave to appeal to S.C.C. granted 24/5/07.

*Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, [2007] 2 F.C.R. 3 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, [2007] 2 F.C.R. 57 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Canada v. Dawn's Place Ltd.*, A-606-05, 2006 FCA 349, Sharlow J.A., judgment dated 27/10/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Chopra v. Canada (Treasury Board)*, A-351-05, 2006 FCA 295, Evans J.A., judgment dated 6/9/06, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Ding v. Canada*, A-108-06, 2007 FCA 11, Sharlow J.A., judgment dated 10/1/07, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Gosselin v. Canada (Attorney General)*, A-46-06, 2006 FCA 405, Létourneau J.A., judgment dated 13/12/06, leave to appeal to S.C.C. refused 24/5/07.

## COUR SUPRÊME DU CANADA

### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Abbott c. Canada*, A-93-05, 2006 CAF 342, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 20-10-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Boudreau c. M.R.N.*, A-248-05, 2007 CAF 32, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 5-2-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-5-07.

*Caisse populaire Desjardins de l'est de Drummond c. Canada*, A-624-05, 2006 CAF 366, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 8-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 24-5-07.

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, [2007] 2 R.C.F. 3 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, [2007] 2 R.C.F. 57 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Canada c. Dawn's Place Ltd.*, A-606-05, 2006 CAF 349, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 27-10-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, A-351-05, 2006 CAF 295, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 6-9-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Ding c. Canada*, A-108-06, 2007 CAF 11, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 10-1-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Fondation Redeemer c. M.R.N.*, A-551-05, 2006 CAF 325, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 10-10-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 10-5-07.

*H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, A-505-05, A-506-05, 2006 FCA 378, Pelletier J.A., judgment dated 17/11/06, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*MTS Allstream Inc. v. Toronto (City)*, A-653-05, A-654-05, 2006 FCA 385, Evans J.A., judgment dated 27/11/06, leave to appeal to S.C.C. refused 24/11/06.

*Marchand Syndics Inc. v. Laperrière*, A-658-04, 2006 FCA 368, Létourneau J.A., judgment dated 10/11/06, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, A-232-06, 2006 FCA 323, Malone J.A., judgment dated 10/10/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Read v. Canada (Attorney General)*, A-314-05, 2006 FCA 283, Nadon J.A., judgment dated 22/8/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Redeemer Foundation v. M.N.R.*, A-551-05, 2006 FCA 325, Pelletier J.A., judgment dated 10/10/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. granted 10/5/07.

*Scott Paper Ltd. v. Canada*, A-513-05, 2006 FCA 372, Nadon J.A., judgment dated 17/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 10/5/07.

*Tremblay v. M.N.R.*, A-689-04, A-690-04, A-691-04, A-693-04, A-694-04, A-695-04, A-696-04, A-697-04, A-698-04, A-699-04, A-701-04, A-702-04, A-704-04, A-705-04, 2006 FCA 392, Noël J.A., judgment dated 30/11/06, leave to appeal to S.C.C. refused 31/5/07.

*Vasarhelyi v. Canada*, A-179-06, A-180-06, 2007 FCA 4, Sharlow J.A., judgment dated 4/1/07, leave to appeal to S.C.C. refused 24/5/07.

*Gosselin c. Canada (Procureur général)*, A-46-06, 2006 CAF 405, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-12-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-5-07.

*H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, A-505-05, A-506-05, 2006 CAF 378, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 17-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*MTS Allstream Inc. c. Toronto (Ville)*, A-653-05, A-654-05, 2006 CAF 385, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 27-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-11-06.

*Marchand Syndics Inc. c. Laperrière*, A-658-04, 2006 CAF 368, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 10-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, A-232-06, 2006 CAF 323, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 10-10-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Read c. Canada (Procureur général)*, A-314-05, 2006 CAF 283, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 22-8-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Scott Paper Ltée c. Canada*, A-513-05, 2006 CAF 372, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 17-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-5-07.

*Tremblay c. M.R.N.*, A-689-04, A-690-04, A-691-04, A-693-04, A-694-04, A-695-04, A-696-04, A-697-04, A-698-04, A-699-04, A-701-04, A-702-04, A-704-04, A-705-04, 2006 CAF 392, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 30-11-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31-5-07.

*Vasarhelyi c. Canada*, A-179-06, A-180-06, 2007 CAF 4, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 4-1-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-5-07.



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

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2007, Vol. 3, Part 1**

**2007, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-451-05  
2006 FCA 374

A-451-05  
2006 CAF 374

**Raymond Desrochers and Corporation de développement économique communautaire CALDECH** (*Appellants*)

**Raymond Desrochers et Corporation de développement économique communautaire CALDECH** (*appelants*)

v.

c.

**Department of Industry of Canada, Government of Canada and Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Ministère de l'Industrie du Canada, Gouvernement du Canada et Procureur général du Canada** (*intimés*)

and

et

**The Commissioner of Official Languages of Canada** (*Intervener*)

**La commissaire aux langues officielles du Canada** (*intervenante*)

**INDEXED AS: DESROCHERS v. CANADA (INDUSTRY) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : DESROCHERS c. CANADA (INDUSTRIE) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Nadon J.J.A.—Ottawa, October 4 and November 17, 2006.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard et juges Létourneau et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 4 octobre et 17 novembre 2006.

*Official Languages — Appeal from decision of Federal Court dismissing application for declaratory, injunctive relief, costs under Official Languages Act (OLA), s. 77(1) — Complaint concerning North Simcoe Community Futures Development Corporation's dearth of services in French, contrary to OLA, Parts IV, VII — Trial Judge finding North Simcoe acting on behalf of Industry Canada within meaning of OLA, s. 25, required to provide equal services in French, English — However, because at time OLA, s. 77(1) application made in 2004, North Simcoe providing equal services, application dismissed, notwithstanding violation in 2000 when complaint filed — Judge wrong to dismiss application with respect to violations of OLA, Part IV — F.C.A. stating in Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency) that for purposes of OLA, s. 77(1) application, date of filing of complaint with Commissioner of Official Languages relevant date (in case at bar, that date March 15, 2000) — Still, Judge's refusal to grant relief sought by appellants not palpable, overriding error, as corrective measures taken and no evidence OLA, Part IV violated when OLA, s. 77(1) application made — Appellants nonetheless entitled to costs as relief, pursuant to OLA, s. 81, as complaint well founded when made, but no longer warranted at time of proceeding, hearing — Appeal allowed.*

*Langues officielles — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de jugement déclaratoire, d'injonction et de dépens faite en vertu de l'art. 77(1) de la Loi sur les langues officielles (LLO) — La plainte visait le manque de services en français offerts par la Société d'aide au développement des collectivités de Simcoe Nord en contravention aux parties IV et VII de la LLO — Le juge de première instance a conclu que Simcoe Nord agissait pour le compte d'Industrie Canada au sens de l'art. 25 et qu'elle était tenue d'offrir des services égaux en français et en anglais — Cependant, parce que Simcoe Nord fournissait des services égaux lorsque la demande en vertu de l'art. 77(1) de la LLO a été présentée en 2004, la demande a été rejetée malgré le manquement commis en l'an 2000, lorsque la plainte a été portée — Le juge s'est mépris lorsqu'il a rejeté la demande relative aux manquements à la partie IV de la LLO — La C.A.F. a statué dans l'arrêt Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments) que la date du dépôt de la plainte au commissaire aux langues officielles est, pour les fins du recours de l'art. 77(1) de la LLO, celle qui est pertinente (le 15 mars 2000 en l'espèce) — Cependant, le refus du juge d'accorder la réparation demandée par les appelants n'était pas entaché d'une erreur manifeste et dominante parce que des correctifs avaient été apportés et qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour conclure que la partie IV de la LLO n'avait pas été respectée à la date du dépôt du recours sous l'art. 77(1) —*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellants' application for declaratory and injunctive relief and costs under subsection 77(1) of the *Official Languages Act* (OLA). That application was filed in 2004 following the Commissioner of Official Languages' conclusion that the North Simcoe Community Futures Development Corporation (North Simcoe) was not in full compliance with Parts IV and VII of the OLA in terms of its provision of French-language services. The Commissioner's conclusions resulted from a complaint filed on March 15, 2000 by the appellants criticizing North Simcoe's dearth of services in French.

Community Futures Development Corporations (CFDCs) form part of the Department of Industry's Community Futures Program, which was created to support economic development by helping communities promote and diversify themselves. CFDCs are autonomous organizations of the federal government constituted as non-profit corporations under provincial law that provide strategic community economic planning services, support to small- and medium-sized businesses and access to capital.

The Federal Court Judge was of the opinion that North Simcoe was implementing a specific governmental policy or program and as such, it was acting on behalf of the Department within the meaning of section 25 of the OLA. The Department thus had a duty to ensure that equal services were provided in both official languages exactly as if it was the one providing those services, which was not done. This breach was found to have occurred in 2000. However, because North Simcoe, at the time the proceedings were instituted in 2004, was providing equal services and was capable of communicating in French, Industry Canada was held not to be in breach of section 25. The appellants' argument that Part VII of the OLA creates rights and obligations giving rise to remedial measures was rejected, and the relief sought by the appellants was not deemed warranted. No order as to costs was made, notwithstanding the fact that subsection 81(2) of the OLA allowed the Judge to grant costs to the appellants despite the dismissal of their application.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Les appelants avaient néanmoins droit aux dépens en vertu de l'art. 81 de la LLO puisque la plainte était fondée lorsqu'elle a été présentée, mais elle n'était plus justifiée lors de la poursuite et de l'audition — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de jugement déclaratoire, d'injonction et de dépens des appelants faite en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* (LLO). Cette demande a été déposée en 2004, après que la commissaire aux langues officielles a conclu que la Société d'aide au développement des collectivités de Simcoe Nord (Simcoe Nord) ne respectait pas entièrement les parties IV et VII de la LLO pour ce qui était d'offrir des services en français. La commissaire en est arrivée à ses conclusions par suite d'une plainte que les appelants ont déposée le 15 mars 2000 pour reprocher à Simcoe Nord le manque de services en français.

Les Sociétés d'aide au développement des collectivités (SADC) font partie du Programme de développement des collectivités, qui a été mis sur pied pour appuyer le développement économique en aidant les collectivités à mettre en valeur et à diversifier leur communauté. Les SADC sont des organismes autonomes du gouvernement fédéral constituées en société sans but lucratif sous le régime provincial qui offrent des services de planification économique communautaire stratégique, d'appui aux petites et moyennes entreprises et d'accès à des capitaux.

Le juge de la Cour fédérale estimait que Simcoe Nord mettait en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé et, à ce titre, elle agissait pour le compte du ministère au sens de l'article 25 de la LLO. Le ministère avait donc le devoir de veiller à ce que des services égaux soient offerts dans les deux langues officielles au même titre que s'il les fournissait lui-même, ce qu'il n'a pas fait. Le juge a déclaré que ce manquement a eu lieu en 2000. Cependant, parce que Simcoe Nord fournissait des services égaux et était capable de communiquer en français au moment où la poursuite a été intentée en 2004, le juge a déclaré qu'Industry Canada ne manquait pas à l'obligation imposée par l'article 25. La prétention des appelants que la partie VII de la LLO crée des droits et des obligations donnant ouverture à des mesures réparatrices a été rejetée, et le juge a statué qu'il n'y avait pas lieu d'accorder aux appelants les remèdes demandés. Aucune ordonnance concernant les dépens n'a été rendue, même si le paragraphe 81(2) de la LLO permettait au juge de les octroyer aux appelants, malgré le rejet de leur demande.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Part IV of the OLA provides for equal linguistic access to regional economic development services in Ontario. It does not however grant any right of participation in the definition of the content of community economic development programs, nor does it impose a duty on the government to take into account the cultural needs of a minority language community in establishing services that are also intended for them. It simply gives the right to receive or access these programs in either official language.

Section 25 of the OLA states that services provided to the public by a third party must be available in either official language when the third party is acting on behalf of a federal institution and when that institution would be subject to a similar obligation if it were offering those services itself. In the case at bar, the terms and conditions of the program and the agreement between the parties showed that North Simcoe was acting on behalf of the Department within the meaning of section 25 in the establishment and implementation of the regional and community economic development program. It was thus required to provide the services in French.

At the time the appellants made their subsection 77(1) application, Part VII was not one of the parts referred to in subsection 77(1). The application was therefore not available to the appellants for the alleged breaches of Part VII.

In *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, Décarý J.A. stated that, for the purposes of the application provided for in subsection 77(1) of the OLA, the date of filing of the complaint to the Commissioner of Official Languages is the date that is relevant. The Federal Court Judge thus erred when he held that Industry Canada was not in breach of section 25 because at the time the action was instituted in 2004, it was providing equal services and was capable of communicating in French. Had it not been for this mistake, he would have allowed the appellants' application. On the other hand, the Judge's finding that at the date of filing of the subsection 77(1) application in 2004, some corrective measures had been taken and that there was insufficient evidence to conclude that Part IV of the OLA had not been complied with was not so marred by palpable and overriding error in fact or in law as to warrant intervention. He could not, in the exercise of his discretion, have granted any of the relief sought by the appellants. However, he should have exercised his power to award costs to the appellants as relief, pursuant to section 81 of the OLA, since the complaint, which was well founded at the time it was made, was no longer warranted at the time of the proceeding and the hearing.

La partie IV de la LLO confère un accès linguistique égal aux services de développement économique régional en Ontario. Cependant, elle ne confère pas de droit de participation à la définition du contenu des programmes de développement économique régional, et elle n'impose pas au gouvernement l'obligation de tenir compte des besoins culturels d'une communauté minoritaire en établissant des services qui leur sont également destinés. Elle ne fait qu'accorder le droit de recevoir ces programmes ou d'y avoir accès dans l'une ou l'autre langue officielle.

L'article 25 de la LLO précise que la fourniture de services par des tiers au public doit avoir lieu dans l'une ou l'autre langue officielle lorsque le tiers agit pour le compte d'une institution fédérale et lorsque cette dernière serait soumise à pareille obligation si elle offrait elle-même les services. En l'espèce, les modalités du programme et de l'entente entre les parties démontraient que Simcoe Nord agissait pour le compte du gouvernement, au sens de l'article 25, dans l'implantation et la mise en œuvre du programme de développement économique régional et communautaire. Elle était donc tenue de fournir les services en français.

À l'époque où les appelants ont présenté leur demande en vertu du paragraphe 77(1), la partie VII n'était pas l'une des parties visées par cette disposition. La demande n'était donc pas ouverte aux appelants pour des manquements allégués à la partie VII.

Dans l'arrêt *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, le juge Décarý, a énoncé que la date du dépôt de la plainte au commissaire aux langues officielles est, pour les fins du recours du paragraphe 77(1) de la LLO, celle qui est pertinente. Le juge de la Cour fédérale s'est donc mépris lorsqu'il a conclu qu'Industry Canada ne manquait pas à l'obligation prévue par l'article 25 parce qu'à l'époque où l'action a été intentée en 2004, Simcoe Nord fournissait des services égaux et était capable de communiquer en français. N'eût été de cette méprise, il aurait accueilli la demande des appelants. D'autre part, la conclusion du juge portant qu'à la date du dépôt du recours sous le paragraphe 77(1) en 2004, des correctifs avaient été apportés et qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour conclure que la partie IV de la LLO n'avait pas été respectée n'était pas entachée d'une erreur de droit ou de fait manifeste et dominante qui justifiait une intervention. Il pouvait, dans l'exercice de sa discrétion, n'accorder aucun des remèdes demandés par les appelants. Toutefois, il aurait dû exercer son pouvoir d'octroyer aux appelants des dépens à titre de réparation en vertu de l'article 81 de la LLO parce que la plainte, qui était fondée lorsqu'elle a été déposée, n'était plus justifiée lors de la poursuite et de l'audition.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*An Act to amend the Official Languages Act (promotion of English and French)*, S.C. 2005, c. 41.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 16(1), 20(1).  
*Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 530(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, ss. 94, 203).  
*Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1, ss. 4 (as am. by S.C. 2005, c. 26, s. 20), 8 (as am. *idem*, s. 22), 9 (as am. *idem*, s. 23), 10.  
*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 31, preamble, ss. 2, 3 “federal institution” (as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 224(E); 2004, c. 7, s. 26), 21, 22, 25, 27, 28, 31, 41, 43(1) (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 28), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2), 81, 82(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, [2004] 4 F.C.R. 276; (2004), 243 D.L.R. (4th) 542; 324 N.R. 314; 2004 FCA 263.

DISTINGUISHED:

*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; 121 B.C.A.C. 227; 134 C.C.C. (3d) 481; 238 N.R. 131.

CONSIDERED:

*Schreiber v. Canada* (1999), 69 C.R.R. (2d) 256 (F.C.T.D.); *Lavigne v. Canada (Human Resources Development)* (2003), 308 N.R. 186; 2003 FCA 203; affg [2002] 2 F.C. 164; (2001), 228 F.T.R. 185; 2001 FCT 1365; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, [2005] 3 S.C.R. 906; (2005), 267 D.L.R. (4th) 618; 2005 SCC 85.

REFERRED TO:

*Owners, Strata Plan No. VR368 v. Marathon Realty Co. Ltd. et al.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 540; 41 B.C.L.R. 155 (C.A.); *Gilbert v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2002 BCSC 950; *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Minister of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 181; 2001

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. 16(1), 20(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 94, 203).  
*Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, L.C. 2005, ch. 41.  
*Loi sur le ministère de l'Industrie*, L.C. 1995, ch. 1, art. 4 (mod. par L.C. 2005, ch. 26, art. 20), 8 (mod., *idem*, art. 22), 9 (mod., *idem*, art. 23), 10.  
*Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47.  
*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, préambule, art. 2, 3 « institutions fédérales » (mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 224(A); 2004, ch. 7, art. 26), 21, 22, 25, 27, 28, 31, 41, 43(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 28), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2), 81, 82(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

*Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, [2004] 4 R.C.F. 276; 2004 CAF 263.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Schreiber c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1576 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2003 CAF 203; conf. [2002] 2 C.F. 164; 2001 CFPI 1365; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, [2005] 3 R.C.S. 906; 2005 CSC 85.

DÉCISIONS CITÉES :

*Owners, Strata Plan No. VR368 v. Marathon Realty Co. Ltd. et al.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 540; 41 B.C.L.R. 155 (C.A.); *Gilbert v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2002 BCSC 950; *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2001 CFPI 239; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2

FCT 239; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

## AUTHORS CITED

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. (Toronto: Oxford University Press, 2004), “behalf”.

*Government of Canada’s Community Futures Program: Terms and Conditions*, October 3, 2005, online: Industry Canada <[http://fednor.ic.gc.ca/epic/internet/infednor-fednor.nsf/en/h\\_fn01468e.html](http://fednor.ic.gc.ca/epic/internet/infednor-fednor.nsf/en/h_fn01468e.html)>.

*Grand Larousse universel*, Vol. 4 (Paris: Larousse, 1995).

*New Oxford Dictionary of English* (Oxford: Clarendon Press, 1998), “behalf”.

*Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Le Robert, 1996), “autorisation”, “délégation”, “ratification”.

## DOCTRINE CITÉE

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto, Oxford University Press, 2004, « *behalf* ».

*Grand Larousse universel*, tome 4. Paris, Larousse, 1995.

*New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, « *behalf* ».

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 1996, « autorisation », « délégation », « ratification ».

*Programme de développement des collectivités du Gouvernement du Canada : Modalités*, 3 octobre 2005, en ligne: Industrie Canada <[http://fednor.ic.gc.ca/epic/internet/infednor-fednor.nsf/fr/h\\_fn01468f.html](http://fednor.ic.gc.ca/epic/internet/infednor-fednor.nsf/fr/h_fn01468f.html)>.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2005] 4 F.C.R. 3; (2005), 276 F.T.R. 249; 2005 FC 987) dismissing the appellants’ application under subsection 77(1) of the *Official Languages Act* concerning the provision of French-language services by a third party acting on behalf of the government. Appeal allowed.

APPEL à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale ([2005] 4 R.C.F. 3; 2005 CF 987) rejetant la demande des appelants faite en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* à l’égard de la fourniture de services en français par un tiers agissant pour le compte du gouvernement. Appel accueilli.

## APPEARANCES:

*Ronald F. Caza and Justin Bertrand* for appellants.

*Alain Préfontaine* for respondents.

*Pascale Giguère* for intervener.

## ONT COMPARU :

*Ronald F. Caza et Justin Bertrand* pour les appelants.

*Alain Préfontaine* pour les intimés.

*Pascale Giguère* pour l’intervenante.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Heenan Blaikie LLP*, Ottawa, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*Office of the Commissioner of Official Languages*, Ottawa, for intervener.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Heenan Blaikie LLP*, Ottawa, pour les appelants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

*Commissariat aux langues officielles*, Ottawa, pour l’intervenante.

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

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LÉTOURNEAU J.A.:

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. :

## POINTS IN ISSUE AND RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[1] This is an appeal from a decision of Mr. Justice Harrington of the Federal Court (the Judge) [[2005] 4 F.C.R. 3] dismissing the appellants' application for relief made pursuant to subsection 77(1) [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, as amended (the OLA). This application was made on October 27, 2004.

[2] The points at issue are easier to identify than to resolve. The appellants have succinctly formulated them and I will just quote the relevant portion of their amended memorandum of fact and law:

## [TRANSLATION]

- (a) In matters of community economic development in the Huronia region, are the respondents in breach of their obligations to provide services in French of equal quality to the services provided in English:
- (i) under Part IV of the OLA?
  - (ii) under the constitutional principle of protection of and respect for minorities?
- (b) Are the respondents in breach of their obligations to enhance the vitality of the Francophone community in the Huronia region under Part VII of the OLA?
- (c) What is the fair and appropriate remedy in the circumstances?
- (d) Should the Court award the appellants their costs in the court below, irrespective of the outcome of the case, under subsection 81(2) of the OLA?

[3] To facilitate the reader's perusal of these reasons, I include a table of contents that identifies and locates the topics addressed and analysed herein.\*

[4] Before relating the facts and proceedings in this case, I quote the relevant provisions of the OLA [ss. 3

## LES QUESTIONS EN LITIGE ET LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[1] Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une décision du juge Harrington de la Cour fédérale (juge) [[2005] 4 R.C.F. 3] rejetant la demande de redressement des appelants faite en vertu du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, telle que modifiée (LLO). Cette demande fut faite le 27 octobre 2004.

[2] Les questions en litige sont plus faciles à cerner qu'à résoudre. Les appelants les ont formulées succinctement et je me contente de les reproduire telles qu'elles apparaissent à leur mémoire amendé des faits et du droit :

- a) En matière de développement économique communautaire dans la région de la Huronie, est-ce que les intimés manquent à leurs obligations d'offrir des services en français de qualité égale aux services offerts en anglais :
- i) en vertu de la partie IV de la LLO ?
  - ii) en vertu du principe constitutionnel de la protection et du respect des minorités ?
- b) Est-ce que les intimés manquent à leurs obligations de favoriser l'épanouissement de la communauté francophone de la région de la Huronie en vertu de la partie VII de la LLO ?
- c) Quelle est la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances ?
- d) La Cour devrait-elle accorder aux appelants leurs dépens en première instance, quelle que soit l'issue du litige, en vertu du paragraphe 81(2) de la LLO ?

[3] Pour faciliter au lecteur l'accès aux présents motifs, j'inclus une table des matières qui identifie et localise les sujets traités et analysés.\*

[4] Avant de relater les faits et la procédure suivie en l'instance, je reproduis les dispositions pertinentes de la

\* Editor's Note: The table of Contents has been omitted for reasons of brevity.

\* Note de l'arrêviste : La table des matières a été omise pour des raisons de concision.

(as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 224(E); 2004, c. 7, s. 26), 43(1) (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 28), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183)] and the *Department of Industry Act*, S.C. 1995, c. 1 (the DIA) [ss. 4 (as am. by S.C. 2005, c. 26, s. 20), 8 (as am. *idem*, s. 22), 9 (as am. *idem*, s. 23)]:

An Act respecting the status and use of the official languages of Canada

Whereas the Constitution of Canada provides that English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada;

...

And Whereas the Constitution of Canada also provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with, and to receive available services from, any institution of the Parliament or government of Canada in either official language;

And Whereas officers and employees of institutions of the Parliament or government of Canada should have equal opportunities to use the official language of their choice while working together in pursuing the goals of those institutions;

...

And Whereas the Government of Canada is committed to enhancing the vitality and supporting the development of English and French linguistic minority communities, as an integral part of the two official language communities of Canada, and to fostering full recognition and use of English and French in Canadian society;

...

And Whereas the Government of Canada recognizes the importance of preserving and enhancing the use of languages other than English and French while strengthening the status and use of the official languages;

...

## 2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal

LLO [art. 3 (mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 224(A); 2004, ch. 7, art. 26), 43(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 28), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183)] ainsi que de la *Loi sur le ministère de l'Industrie*, L.C. 1995, ch. 1 (LMI) [art. 4 (mod. par L.C. 2005, ch. 26, art. 20), 8 (mod., *idem*, art. 22), 9 (mod., *idem*, art. 23)] :

Loi concernant le statut et l'usage des langues officielles du Canada

Attendu :

que la Constitution dispose que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada;

[...]

qu'elle prévoit en outre des garanties quant au droit du public à l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues pour communiquer avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services;

qu'il convient que les agents des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada aient l'égale possibilité d'utiliser la langue officielle de leur choix dans la mise en œuvre commune des objectifs de celles-ci;

[...]

qu'il s'est engagé à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones, au titre de leur appartenance aux deux collectivités de langue officielle, et à appuyer leur développement et à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne;

[...]

qu'il reconnaît l'importance, parallèlement à l'affirmation du statut des langues officielles et à l'élargissement de leur usage, de maintenir et de valoriser l'usage des autres langues,

[...]

## 2. La présente loi a pour objet :

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les

institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(b) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(c) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

3. (1) In this Act,

...

“federal institution” includes any of the following institutions of the Parliament or government of Canada:

(a) the Senate,

(b) the House of Commons,

(c) the Library of Parliament,

(c.1) the office of the Senate Ethics Officer and the office of the Ethics Commissioner,

(d) any federal court,

(e) any board, commission or council, or other body or office, established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of Parliament or by or under the authority of the Governor in Council,

(f) a department of the Government of Canada,

(g) a Crown corporation established by or pursuant to an Act of Parliament, and

(h) any other body that is specified by an Act of Parliament to be an agent of Her Majesty in right of Canada or to be subject to the direction of the Governor in Council or a minister of the Crown, but does not include

(i) any institution of the Council or government of the Northwest Territories or of the Legislative Assembly or government of Yukon or Nunavut, or

(j) any Indian band, band council or other body established to perform a governmental function in relation to an Indian band or other group of aboriginal people;

...

institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l’administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d’appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d’une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l’égalité de statut et d’usage du français et de l’anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

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

[...]

« institutions fédérales » Les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada, dont le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le commissariat à l’éthique, les tribunaux fédéraux, tout organisme—bureau, commission, conseil, office ou autre—chargé de fonctions administratives sous le régime d’une loi fédérale ou en vertu des attributions du gouverneur en conseil, les ministères fédéraux, les sociétés d’État créées sous le régime d’une loi fédérale et tout autre organisme désigné par la loi à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada ou placé sous la tutelle du gouverneur en conseil ou d’un ministre fédéral. Ne sont pas visés les institutions du conseil ou de l’administration du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, celles de l’assemblée législative ou de l’administration du Nunavut, ni les organismes—bande indienne, conseil de bande ou autres—chargés de l’administration d’une bande indienne ou d’autres groupes de peuples autochtones.

[...]

## PART IV

COMMUNICATIONS WITH AND SERVICES TO THE  
PUBLIC*Communications and Services*

**21.** Any member of the public in Canada has the right to communicate with and to receive available services from federal institutions in accordance with this Part.

**22.** Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

...

*Services Provided on behalf of Federal Institutions*

**25.** Every federal institution has the duty to ensure that, where services are provided or made available by another person or organization on its behalf, any member of the public in Canada or elsewhere can communicate with and obtain those services from that person or organization in either official language in any case where those services, if provided by the institution, would be required under this Part to be provided in either official language.

...

*General*

**27.** Wherever in this Part there is a duty in respect of communications and services in both official languages, the duty applies in respect of oral and written communications and in respect of any documents or activities that relate to those communications or services.

**28.** Every federal institution that is required under this Part to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from an office or facility of that institution, or of another person or organization on behalf of that institution, in either official language shall ensure that appropriate measures are taken, including the provision of signs, notices and other information on services and the initiation of communication with the public, to make it known to members of the public that those services are available in

## PARTIE IV

COMMUNICATIONS AVEC LE PUBLIC ET  
PRESTATION DES SERVICES*Communications et services*

**21.** Le public a, au Canada, le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services conformément à la présente partie.

**22.** Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux—auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services—situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

[. . .]

*Services fournis par des tiers*

**25.** Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, tant au Canada qu'à l'étranger, les services offerts au public par des tiers pour leur compte le soient, et à ce qu'il puisse communiquer avec ceux-ci, dans l'une ou l'autre des langues officielles dans le cas où, offrant elles-mêmes les services, elles seraient tenues, au titre de la présente partie, à une telle obligation.

[. . .]

*Dispositions générales*

**27.** L'obligation que la présente partie impose en matière de communications et services dans les deux langues officielles à cet égard vaut également, tant sur le plan de l'écrit que de l'oral, pour tout ce qui s'y rattache.

**28.** Lorsqu'elles sont tenues, sous le régime de la présente partie, de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leurs bureaux ou recevoir les services de ceux-ci ou de tiers pour leur compte, dans l'une ou l'autre langue officielle, il incombe aux institutions fédérales de veiller également à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public, notamment par entrée en communication avec lui ou encore par signalisation, avis ou documentation sur les services, que ceux-ci lui sont offerts dans l'une ou l'autre

either official language at the choice of any member of the public.

...

31. In the event of any inconsistency between this Part and Part V, this Part prevails to the extent of the inconsistency.

...

## PART VII

### ADVANCEMENT OF ENGLISH AND FRENCH

41. (1) The Government of Canada is committed to

(a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and

(b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

...

43. (1) The Minister of Canadian Heritage shall take such measures as that Minister considers appropriate to advance the equality of status and use of English and French in Canadian society and, without restricting the generality of the foregoing, may take measures to

(a) enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and support and assist their development;

(b) encourage and support the learning of English and French in Canada;

(c) foster an acceptance and appreciation of both English and French by members of the public;

(d) encourage and assist provincial governments to support the development of English and French linguistic minority communities generally and, in particular, to offer provincial and municipal services in both English and French and to provide opportunities for members of English or French linguistic minority communities to be educated in their own language;

(e) encourage and assist provincial governments to provide opportunities for everyone in Canada to learn both English and French;

(f) encourage and cooperate with the business community, labour organizations, voluntary organizations and other organizations or institutions to provide services in both

langue officielle, au choix.

[...]

31. Les dispositions de la présente partie l'emportent sur les dispositions incompatibles de la partie V.

[...]

## PARTIE VII

### PROMOTION DU FRANÇAIS ET DE L'ANGLAIS

41. (1) Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

[...]

43. (1) Le ministre du Patrimoine canadien prend les mesures qu'il estime indiquées pour favoriser la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne et, notamment, toute mesure :

a) de nature à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement;

b) pour encourager et appuyer l'apprentissage du français et de l'anglais;

c) pour encourager le public à mieux accepter et apprécier le français et l'anglais;

d) pour encourager et aider les gouvernements provinciaux à favoriser le développement des minorités francophones et anglophones, et notamment à leur offrir des services provinciaux et municipaux en français et en anglais et à leur permettre de recevoir leur instruction dans leur propre langue;

e) pour encourager et aider ces gouvernements à donner à tous la possibilité d'apprendre le français et l'anglais;

f) pour encourager les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles et autres à fournir leurs services en français et en anglais et à

English and French and to foster the recognition and use of those languages;

(g) encourage and assist organizations and institutions to project the bilingual character of Canada in their activities in Canada or elsewhere;

...

## PART X

### COURT REMEDY

76. In this Part, “Court” means the Federal Court.

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV, V or VII, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

...

81. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application under section 77 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

## PART XI

### GENERAL

82. (1) In the event of any inconsistency between the following Parts and any other Act of Parliament or regulation thereunder, the following Parts prevail to the extent of the inconsistency:

- (a) Part I (Proceedings of Parliament);
- (b) Part II (Legislative and other Instruments);
- (c) Part III (Administration of Justice);
- (d) Part IV (Communications with and Services to the Public); and
- (e) Part V (Language of Work). [Emphasis added.]

favoriser la reconnaissance et l’usage de ces deux langues, et pour collaborer avec eux à ces fins;

g) pour encourager et aider les organisations, associations ou autres organismes à refléter et promouvoir, au Canada et à l’étranger, le caractère bilingue du Canada;

[. . .]

## PARTIE X

### RECOURS JUDICIAIRE

76. Le tribunal visé à la présente partie est la Cour fédérale.

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d’une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV, V, ou VII, ou fondée sur l’article 91, peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

[. . .]

81. (1) Les frais et dépens sont laissés à l’appréciation du tribunal et suivent, sauf ordonnance contraire de celui-ci, le sort du principal.

(2) Cependant, dans les cas où il estime que l’objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, le tribunal accorde les frais et dépens à l’auteur du recours, même s’il est débouté.

## PARTIE XI

### DISPOSITIONS GÉNÉRALES

82. (1) Les dispositions des parties qui suivent l’emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou de tout règlement fédéraux :

- a) partie I (Débats et travaux parlementaires);
- b) partie II (Actes législatifs et autres);
- c) partie III (Administration de la justice);
- d) partie IV (Communications avec le public et prestation des services);
- e) partie V (Langue de travail). [Je souligne.]

An Act to establish the Department of Industry and to amend  
and repeal certain other Acts

Loi constituant le ministère de l'Industrie et modifiant ou  
abrogeant certaines lois

...

[. . .]

PART I

PARTIE I

POWERS, DUTIES AND FUNCTIONS OF THE  
MINISTER

POUVOIRS ET FONCTIONS DU MINISTRE

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent de façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés :

- (a) industry and technology in Canada;
- (b) trade and commerce in Canada;
- (c) science in Canada;
- (d) consumer affairs;
- (e) corporations and corporate securities;
- (f) competition and restraint of trade, including mergers and monopolies;
- (g) bankruptcy and insolvency;
- (h) patents, copyrights, trade-marks, industrial designs and integrated circuit topographies;
- (i) standards of identity, packaging and performance in relation to consumer products and services, except in relation to the safety of consumer goods;
- (j) legal metrology;
- (k) telecommunications, except in relation to
  - (i) the planning and coordination of telecommunication services for departments, boards and agencies of the Government of Canada, and
  - (ii) broadcasting, other than in relation to spectrum management and the technical aspects of broadcasting;
- (l) the development and utilization generally of communication undertakings, facilities, systems and services for Canada;
- (m) investment;
- (n) small businesses; and
- (o) tourism.

- a) à l'industrie et à la technologie au Canada;
- b) au commerce au Canada;
- c) à la science au Canada;
- d) à la consommation;
- e) aux personnes morales et aux valeurs mobilières;
- f) à la concurrence et aux pratiques commerciales restrictives, notamment les fusions et les monopoles;
- g) à la faillite et à l'insolvabilité;
- h) aux brevets, droits d'auteur, marques de commerce, dessins industriels et topographies de circuits intégrés;
- i) aux normes d'identification, d'emballage et de rendement des produits et services destinés aux consommateurs, sauf en ce qui concerne la sécurité de ces produits;
- j) à la métrologie légale;
- k) aux télécommunications, sauf en ce qui a trait à la planification et à la coordination des services de télécommunication aux ministères et aux organismes fédéraux et à la radiodiffusion—à l'exception de la gestion du spectre et des aspects techniques de la radiodiffusion;
- l) au développement et à l'utilisation, d'une façon générale, d'entreprises, d'installations, de systèmes et de services de communications pour le Canada;
- m) aux investissements;
- n) aux petites entreprises;
- o) au tourisme.

(2) The powers, duties and functions of the Minister also extend to and include all matters over which Parliament has

(2) Ils s'étendent également, dans les mêmes conditions, aux domaines liés au développement économique régional

jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to regional economic development in Ontario.

...

## PART II

### REGIONAL ECONOMIC DEVELOPMENT IN ONTARIO

8. The Minister shall exercise the powers and perform the duties and functions assigned by subsection 4(2) in a manner that will

(a) promote economic development in areas of Ontario where low incomes and slow economic growth are prevalent or where opportunities for productive employment are inadequate;

(b) emphasize long-term economic development and sustainable employment and income creation; and

(c) focus on small and medium-sized enterprises and the development and enhancement of entrepreneurial talent.

9. (1) In exercising the powers and performing the duties and functions assigned by subsection 4(2), the Minister shall, with respect to regional economic development in Ontario,

(a) in cooperation with other concerned ministers and boards and agencies of the Government of Canada, formulate and implement policies, plans and integrated federal approaches;

(b) coordinate the policies and programs of the Government of Canada;

(c) lead and coordinate the activities of the Government of Canada in the establishment of cooperative relationships with Ontario and with business, labour and other public and private bodies; and

(d) collect, gather, by survey or otherwise, compile, analyse, coordinate and disseminate information.

(2) In exercising the powers and performing the same duties and functions, the Minister may

(a) provide and, where appropriate, coordinate services promoting regional economic development in Ontario including services to develop entrepreneurial talent, support local business associations, stimulate investment and support small- and medium-sized enterprises in that province or any part of that province; and

en Ontario.

[...]

## PARTIE II

### DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE RÉGIONAL EN ONTARIO

8. Le ministre exerce les pouvoirs et fonctions que lui confère le paragraphe 4(2) de manière à :

a) promouvoir le développement économique des régions de l'Ontario à faibles revenus et faible croissance économique ou n'ayant pas suffisamment de possibilités d'emplois productifs;

b) mettre l'accent sur le développement économique à long terme et sur la création d'emplois et de revenus durables;

c) concentrer les efforts sur les petites et moyennes entreprises et sur la valorisation des capacités d'entreprise.

9. (1) Dans le cadre de la compétence visée au paragraphe 4(2), le ministre, en ce qui touche le développement économique régional en Ontario :

a) en collaboration avec les autres ministres ou organismes fédéraux compétents, formule et met en œuvre des orientations, des projets et une conception intégrée de l'action fédérale;

b) coordonne les politiques et les programmes de mise en œuvre du gouvernement fédéral;

c) dirige et coordonne les activités du gouvernement fédéral en ce qui concerne l'établissement de relations de coopération avec l'Ontario, ainsi qu'avec les milieux d'affaires, les syndicats et autres organismes publics ou privés;

d) assure la collecte—notamment par sondage—la compilation, l'analyse, la coordination et la diffusion de l'information.

(2) Dans le même cadre, le ministre peut :

a) fournir des services favorisant le développement économique régional de l'Ontario, notamment en vue de promouvoir les capacités d'entreprise, de stimuler les investissements et de soutenir les associations commerciales locales et les petites et moyennes entreprises dans l'ensemble ou dans une région précise de cette province, et, au besoin, coordonner leur prestation;

(b) initiate, recommend, coordinate, direct, promote and implement programs and projects in relation to regional economic development in Ontario.

10. The Governor in Council may make regulations

(a) relating to policies, programs and projects referred to in section 9; and

(b) generally for carrying out the purposes and provisions of sections 8 and 9. [Emphasis added.]

b) concevoir, recommander, coordonner, diriger, favoriser et mettre en œuvre des programmes et des opérations en ce qui touche le développement économique régional en Ontario.

10. Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) régir les orientations, les programmes et les opérations mentionnés à l'article 9;

b) prendre toute autre mesure d'application des articles 8 et 9. [Je souligne.]

## FACTS AND PROCEEDINGS

[5] Under subsection 4(2) of the DIA, the powers, duties and functions of the Minister of Industry (the Minister) extend to and include all matters relating to regional economic development in Ontario. Essentially, these subsection 4(2) duties and functions consist in the promotion of economic development in areas of Ontario where incomes are low and economic growth is slow or where opportunities for productive employment are limited.

[6] Sections 9 and 10 of the DIA indicate that, in this regard, the Minister plays a role of defining and implementing policies and plans, and initiates, coordinates, directs and implements programs and projects in relation to economic development in Ontario. The Minister's leadership and coordination role also extends to the federal government's activities in its relations with the various stakeholders.

[7] Finally, the Minister may provide and, where appropriate, coordinate services promoting regional economic development in Ontario (paragraph 9(2)(a)).

[8] In this context, the Department of Industry (the Department) has established a Community Futures Program (the program) the objective of which is to support economic development by helping communities promote and diversify themselves. Some 61 Community Futures Development Corporations (CFDCs) exist in Ontario. They provide strategic community economic planning services, support to small-and medium-sized businesses and access to capital. These are autonomous organizations of the federal government, constituted as

## LES FAITS ET LA PROCÉDURE

[5] En vertu du paragraphe 4(2) de la LMI, les fonctions et les pouvoirs qu'exerce le ministre de l'Industrie (ministre) s'étendent aux domaines liés au développement économique régional en Ontario. Dans leur essence, ces fonctions du paragraphe 4(2) consistent à promouvoir le développement économique des régions de l'Ontario où les revenus et la croissance économique sont faibles et où les possibilités d'emplois productifs sont limitées.

[6] Les articles 9 et 10 de la LMI révèlent qu'à cet égard, le ministre joue un rôle de définition et de mise en œuvre des orientations et des projets, ainsi que de conception, de direction, de coordination et de mise en œuvre des programmes et des opérations touchant le développement économique en Ontario. Son rôle de direction et de coordination s'étend également aux activités du gouvernement fédéral dans ses relations avec les différents intervenants.

[7] Enfin, le ministre peut fournir des services favorisant le développement économique régional de l'Ontario et, au besoin, les coordonner (alinéa 9(2)a)).

[8] Dans ce contexte, le ministère de l'industrie (Ministère) a mis sur pied un Programme de développement des collectivités (programme) dont l'objectif est d'appuyer le développement économique en aidant les collectivités à mettre en valeur et à diversifier leur communauté. Quelque 61 Sociétés d'aide au développement des collectivités (SADC) existent en Ontario. Ces SADC offrent des services de planification économique communautaire stratégique, d'appui aux petites et moyennes entreprises et d'accès à des

not-for-profit organizations under provincial law: see paragraph 6 of the respondents' memorandum of fact and law.

[9] In the rural areas, this program is managed by the Federal Economic Development Initiative in Northern Ontario, or FedNor. It is funded pursuant to section 8 of the DIA.

[10] The residents of the northern part of Simcoe county are serviced by the North Simcoe CFDC (North Simcoe). This CFDC is "Anglo-dominated", according to the appellants. Its mandate is to provide advice, information and funding to small businesses, and strategic planning for community economic development.

[11] North Simcoe has existed since 1986. It is small: five full-time employees, assisted by a number of volunteers who are either directors or members of the Francophone or Anglophone loans committee. The agency's director is a unilingual Anglophone. The five employees, two of whom have French as their mother tongue, are fluent in English.

[12] The appellant, Mr. Raymond Desrochers, is the president of the co-appellant the Corporation de développement économique communautaire CALDECH (CALDECH). Created in 1995, CALDECH remained on the back-burner for three years until it obtained funding, including \$22,000 from the Department's program. Mr. Desrochers says it was created in order to establish and maintain the necessary institutions and programs to enable the members of the Francophone minority to resist an increasing rate of assimilation: appeal book, Vol. 1, at page 83, affidavit of Mr. Desrochers, at paragraphs 2 and 3. It has clearly had some success with the Francophone community and its services have been retained many times.

[13] On March 15, 2000, the appellants filed a complaint with the Commissioner of Official Languages

capitaux. Ce sont des organismes autonomes du gouvernement fédéral constitués en société sans but lucratif sous le régime provincial : voir le paragraphe 6 du mémoire des faits et du droit des intimés.

[9] Dans les zones rurales, ce programme est géré par l'Initiative fédérale de développement économique du Nord de l'Ontario, soit FedNor. Il est financé en vertu de l'article 8 de la LMI.

[10] Les résidents du Nord du comté de Simcoe sont desservis par la Simcoe Nord SADC (Simcoe Nord). Il s'agit d'une SADC dont l'organisation est, selon les appelants, « anglo-dominante ». Son mandat consiste à fournir des conseils aux petites entreprises, de l'information, du financement ainsi que de la planification stratégique en matière de développement économique communautaire.

[11] Simcoe Nord existe depuis 1986. Elle est de petite taille : cinq employés à temps plein, assistés d'un certain nombre de bénévoles qui, soit occupent un poste d'administrateur, soit sont membres du comité des prêts francophone ou anglophone. La directrice de l'organisme est unilingue anglophone. Les cinq employés, dont deux de langue maternelle française, s'expriment aisément en anglais.

[12] L'appelant, M. Raymond Desrochers, est président du co-appellant, la Corporation de développement économique communautaire CALDECH (CALDECH). Fondée en 1995, la CALDECH est demeurée en veilleuse pendant trois ans, jusqu'à ce qu'elle obtienne du financement, dont un montant de 22 000 \$ en provenance du programme du Ministère. Elle fut, selon M. Desrochers, créée dans le but de mettre sur pied et de maintenir les institutions et les programmes requis pour permettre aux membres de la minorité francophone de lutter contre leur assimilation grandissante : dossier d'appel, vol. 1, page 83, affidavit de M. Desrochers, paragraphes 2 et 3. Il ne fait pas de doute qu'elle a eu du succès auprès de la communauté francophone et que ses services furent retenus à plusieurs reprises.

[13] Le 15 mars 2000, les appelants déposèrent une plainte auprès de la commissaire aux langues officielles

(the Commissioner). They criticized North Simcoe's dearth of services in French. The complaint resulted in a report by the Commissioner dated September 2001.

[14] The Commissioner's investigation focused on North Simcoe's ability to provide services in French to the area's Francophone population. It was conducted in light of Parts IV and VII of the OLA. At page 14 of her report, the Commissioner concluded that North Simcoe was not in full compliance with the provisions of the language clause in its agreement with the Department and that the Department had failed in its commitment to support the development of the Francophone community in Simcoe county. She held the Department responsible for ensuring that appropriate corrective action be taken in the short term and that, in the long term, measures be taken to guarantee a lasting and satisfactory solution: appeal book, Vol. 1, at page 126.

[15] The Department expressed its willingness to abide by the recommendation of the Commissioner, and the latter followed up on the former's action. At the end of two follow-up reports dated June 2003 and August 2004, the Commissioner concluded, on the basis of the evidence she had at her disposal, that:

[TRANSLATION] The French-language services provided by [North Simcoe] are not equal in quality to those provided in English. Furthermore, there is no evidence that Industry Canada/FedNor has determined the economic and community development needs of the Francophone community or responded to them. We conclude that notwithstanding the efforts made by [North Simcoe] and Industry Canada/FedNor, the latter is still not in full compliance with Parts IV and VII of the *Official Languages Act* in regard to the provision of CFDC services in North Simcoe.

[16] Following this the appellants decided to file the application provided for in subsection 77(1) of the OLA.

#### DECISION OF THE FEDERAL COURT JUDGE

[17] The Judge said that in his opinion North Simcoe was implementing a specific governmental policy or program. Therefore, it was acting on behalf of the Department within the meaning of section 25 of the OLA. The Department thus had a duty to ensure that equal services were provided in both official languages

(commissaire). Ils reprochaient à Simcoe Nord le manque de services en français. La plainte déboucha sur un rapport de la commissaire daté de septembre 2001.

[14] L'enquête de la commissaire porta sur la capacité de Simcoe Nord d'offrir des services en français à la population francophone de la région. Elle fut menée à la lumière des dispositions des parties IV et VII de la LLO. À la page 14 de son rapport, la commissaire concluait que Simcoe Nord n'a pas respecté pleinement les dispositions de la clause linguistique de son entente avec le Ministère et ce dernier a failli à son engagement d'appuyer le développement de la communauté francophone du comté de Simcoe. Elle imputait au Ministère la responsabilité de s'assurer qu'un correctif approprié soit apporté à court terme et qu'à long terme, des mesures soient prises pour garantir une solution durable et satisfaisante : dossier d'appel, vol. 1, page 126.

[15] La commissaire a assuré un suivi de ses recommandations auxquelles le Ministère se montrait disposé à donner suite. Au terme de deux rapports de suivi datés de juin 2003 et août 2004, la commissaire concluait, sur la foi de preuve dont elle disposait, que :

Les services en français fournis par [Simcoe Nord] ne sont pas de qualité égale à ceux fournis en anglais. En outre, rien ne prouve qu'Industrie Canada/FedNor a déterminé les besoins en matière de développement économique et communautaire de la collectivité francophone, ni y a répondu. Nous concluons que malgré les efforts déployés par la [Simcoe Nord] et Industrie Canada/FedNor, ce dernier ne respecte toujours pas entièrement les Parties IV et VII de la *Loi sur les langues officielles* pour ce qui est d'offrir les services de la SADC à Simcoe Nord.

[16] S'en est suivi la décision des appelants de se prévaloir du recours du paragraphe 77(1) de la LLO.

#### LA DÉCISION DU JUGE DE LA COUR FÉDÉRALE

[17] Le juge s'est dit d'avis que Simcoe Nord mettait en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé. En conséquence, elle agissait pour le compte du Ministère au sens de l'article 25 de la LLO. Le Ministère avait donc le devoir de veiller à ce que des services égaux soient offerts dans les deux langues au

exactly as if the services were provided by Industry Canada itself. This it had not done: see paragraph 38 of his decision. According to the Judge, this breach occurred in the year 2000. At paragraph 44 of his decision, he found that “[i]f the proceedings had been instituted in 2000, Industry Canada would clearly have been found in breach of the duty imposed upon it by section 25.”

[18] But the Judge said that, in his opinion, North Simcoe, at the time the proceedings were instituted, in 2004, was providing equal services and was capable of communicating in French: see paragraph 73 of his decision. This finding essentially flowed from the following findings, at paragraph 44 of his decision:

If the proceedings had been instituted in 2000, Industry Canada would clearly have been found in breach of the duty imposed upon it by section 25. At that time, North Simcoe had difficulty even answering the telephone in French. However, by the time the proceedings were taken, it had hired a bilingual receptionist, had a French-speaking loan officer, created a French-speaking loan committee and had a number of French-speaking directors. It also has a bilingual library and website. Its French component is far greater than the community as a whole. French speakers are a definite minority comprising only about 6% of the population.

[19] The Judge rejected the appellants’ argument that Part VII of the OLA creates rights and obligations giving rise to remedial measures. He appropriately followed *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, [2004] 4 F.C.R. 276, a decision of this Court.

[20] The Judge also ruled that it was not warranted to grant the appellants the relief they sought, having ruled that their claim for relief was without merit. The appellants had sought an order:

[TRANSLATION]

a. declaring that the respondents have violated and continue to violate Parts IV and VII of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985, c. 31 (4th Supp.) (hereinafter “OLA”);

même titre que s’il les fournissait lui-même, ce qu’il n’a pas fait : voir le paragraphe 38 de sa décision. Le juge situe dans le temps ce manquement en l’année 2000. Au paragraphe 44 de sa décision, il conclut que si « la poursuite avait été intentée en 2000, on aurait clairement pu considérer qu’Industrie Canada avait manqué à l’obligation imposée par l’article 25 ».

[18] Mais le juge s’est dit d’avis qu’au moment où la poursuite fut intentée en 2004, Simcoe Nord fournissait des services égaux et était capable de communiquer en français : voir le paragraphe 73 de sa décision. Cette conclusion découle essentiellement des constatations suivantes qu’il fait et que l’on retrouve au paragraphe 44 de sa décision :

Si la poursuite avait été intentée en 2000, on aurait clairement pu considérer qu’Industrie Canada avait manqué à l’obligation imposée par l’article 25. À cette époque, la SADC de Simcoe Nord avait même de la difficulté à répondre au téléphone en français. Avant que la poursuite ne soit intentée cependant, elle avait embauché une réceptionniste bilingue et créé un comité de prêts francophone. En outre, l’un de ses responsables des prêts et plusieurs de ses administrateurs sont francophones, et sa bibliothèque et son site web sont bilingues. En fait, la proportion de francophones au sein de la SADC de Simcoe Nord est beaucoup plus grande que dans l’ensemble de la collectivité, où seulement 6 p. 100 de la population est d’expression française.

[19] Le juge a rejeté la prétention des appelants que la partie VII de la LLO crée des droits et des obligations donnant ouverture à des mesures réparatrices. C’est à juste titre qu’il a suivi la décision de notre Cour dans l’affaire *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne d’inspection des aliments)*, [2004] 4 R.C.F. 276.

[20] Le juge a aussi statué qu’il n’y avait pas lieu d’accorder aux appelants les remèdes demandés, vu sa conclusion quant à l’absence de mérite de leur demande de redressement. Les appelants sollicitaient du juge, à titre de remède, une ordonnance :

a. déclarant que les défendeurs ont contrevenu et continuent de contrevenir aux parties IV et VII de la *Loi sur les langues officielles*, 1985, L.R.C., 4<sup>e</sup> supplément, c. 31 (ci-après « LLO »);

- |   |   |
|---|---|
| <p>b. declaring that the respondents have violated and continue to violate subsections 16(1) and 20(1) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> (hereinafter “Charter”);</p> <p>c. declaring that the respondents have violated and continue to violate the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities;</p> <p>d. enjoining the respondents to:</p> <p style="margin-left: 20px;">i. comply with Part IV of the OLA in the application of the <i>Department of Industry Act</i>, S.C. 1995, c. 1 and the Community Futures Program;</p> <p style="margin-left: 20px;">ii. comply with Part VII of the OLA in the application of the <i>Department of Industry Act</i>, S.C. 1995, c. 1 and the Community Futures Program;</p> <p style="margin-left: 20px;">iii. comply with the constitutional obligations set out in subsections 16(1) and 20(1) of the Charter in the application of the <i>Department of Industry Act</i>, S.C. 1995, c. 1 and the Community Futures Program;</p> <p style="margin-left: 20px;">iv. comply with the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities in the application of the <i>Department of Industry Act</i>, S.C. 1995, c. 1 and the Community Futures Program;</p> <p style="margin-left: 20px;">v. to pay to the applicants the sum of \$2,450,000 in damages;</p> <p style="margin-left: 20px;">vi. to grant the Corporation de développement économique communautaire CALDECH permanent and stable funding that includes, <i>inter alia</i>:</p> <p style="margin-left: 40px;">A. annual operational funding in the amount of \$300,000; and</p> <p style="margin-left: 40px;">B. an investment fund in the amount of \$1,500,000; and</p> <p>e. granting the applicants:</p> <p style="margin-left: 20px;">i. costs on this application, and</p> <p style="margin-left: 20px;">ii. any further remedy that this Honourable Court might consider appropriate.</p> | <p>b. déclarant que les défendeurs ont contrevenu et continuent de contrevenir aux paragraphes 16(1) et 20(1) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> (ci-après « Charte »);</p> <p>c. déclarant que les défendeurs ont contrevenu et continuent de contrevenir au principe constitutionnel non-écrit du respect et de la protection des minorités;</p> <p>d. contre les défendeurs afin de les obliger à :</p> <p style="margin-left: 20px;">i. se conformer à la partie IV de la LLO dans l’application de la <i>Loi sur le Ministère de l’Industrie</i>, L.C. 1995, ch. 1 et le Programme de développement des collectivités;</p> <p style="margin-left: 20px;">ii. se conformer à la partie VII de la LLO dans l’application de la <i>Loi sur le Ministère de l’Industrie</i>, L.C. 1995, ch. 1 et le Programme de développement des collectivités;</p> <p style="margin-left: 20px;">iii. respecter les obligations constitutionnelles prévues aux paragraphes 16(1) et 20(1) de la Charte dans l’application de la <i>Loi sur le Ministère de l’Industrie</i>, L.C. 1995, ch. 1 et le Programme de développement des collectivités;</p> <p style="margin-left: 20px;">iv. respecter le principe constitutionnel non-écrit du respect et de la protection des minorités dans l’application de la <i>Loi sur le Ministère de l’Industrie</i>, L.C. 1995, ch. 1 et le Programme de développement des collectivités;</p> <p style="margin-left: 20px;">v. verser aux demandeurs la somme de 2 450 000 \$ en dommages-intérêts;</p> <p style="margin-left: 20px;">vi. accorder à la Corporation de développement économique communautaire CALDECH un financement permanent et stable qui inclut, entre autres :</p> <p style="margin-left: 40px;">A) un financement annuel pour l’opération au montant de 300 000 \$; et</p> <p style="margin-left: 40px;">B) un fond d’investissement au montant de 1 500 000 \$; et</p> <p>e. accordant aux demandeurs :</p> <p style="margin-left: 20px;">i. les dépens pour la présente demande, et</p> <p style="margin-left: 20px;">ii. tout autre recours que cette Honorable Cour pourrait considérer approprié.</p> |
|---|---|

[21] Finally, he did not make any order in favour of either party concerning costs, although the application for relief had been dismissed and although subsection 81(2) of the OLA allowed him to grant costs to the

[21] Enfin, il n’a rendu en faveur de l’une ou de l’autre partie aucune ordonnance concernant les dépens, malgré que la demande de redressement ait été rejetée et malgré le paragraphe 81(2) de la LLO qui lui permettait

appellants notwithstanding the dismissal of their application.

#### RELIEF SOUGHT ON APPEAL

[22] The appellants are seeking on appeal essentially the same relief as before the trial Judge, but with some modifications. They are no longer seeking an order declaring that the respondents have violated and continue to violate subsections 16(1) and 20(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). Therefore, they are no longer seeking an order enjoining them to comply with the Charter. In the trial court those claims were made in paragraph b and subparagraph d.iii.

[23] Similarly, they have abandoned their claim for \$2,450,000 in damages that is set out in subparagraph d.v.; in lieu thereof, they are seeking a payment of \$25,000 per month for each month that the CALDECH has not been subsidized since March 15, 2000.

[24] Finally, they are no longer claiming an investment fund of \$1,500,000.

#### RESPONSIBILITY OF THE GOVERNMENT OF CANADA FOR THE PROGRAM UNDER THE DIA

[25] It is not disputed that the program initiated by the Department to promote regional economic development in Ontario is a program of the Government of Canada. As mentioned earlier, the Minister is given powers and is subject to duties under the DIA in regard to economic development in Ontario, including regional economic development.

[26] The appellants submitted that the services promoting regional economic development in Ontario provided pursuant to sections 8 and 9 of the DIA to the majority Anglophone and minority Francophone communities must be of equal quality. Now, they claimed, the services available to the Francophone minority are inferior in quality. They alleged that there

de les octroyer aux appelants nonobstant le rejet de leur demande.

#### LES RÉPARATIONS DEMANDÉES EN APPEL

[22] Les appelants recherchent en appel essentiellement les mêmes conclusions qu'en première instance, sauf les variations suivantes. Ils ne sollicitent plus une ordonnance déclarant que les intimés ont contrevenu et continuent de contrevenir aux paragraphes 16(1) et 20(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). Conséquemment, ils ne demandent plus une ordonnance les obligeant à s'y conformer. Il s'agissait dans la demande en première instance de l'alinéa b et du sous-alinéa d.iii.

[23] De même, ils ont abandonné la réclamation de 2 450 000 \$ en dommages-intérêts que l'on retrouvait au sous-alinéa d.v et y ont substitué une demande de versement de 25 000 \$ par mois pour tous les mois que la CALDECH n'a pas été subventionnée depuis le 15 mars 2000.

[24] Enfin, ils ne réclament plus un fond d'investissement de 1 500 000 \$.

#### LA RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT DU CANADA POUR LE PROGRAMME EN VERTU DE LA LMI

[25] Il n'est pas contesté que le programme mis de l'avant par le Ministère pour favoriser le développement économique régional en Ontario est un programme du Gouvernement du Canada. Tel que déjà mentionné, le ministre est à la fois investi de pouvoirs et soumis à des obligations en vertu de la LMI en ce qui concerne le développement économique en Ontario, incluant le développement économique régional.

[26] Les appelants soumettent que les services favorisant le développement économique régional de l'Ontario, offerts en vertu des articles 8 et 9 de la LMI à la communauté anglophone majoritaire et francophone minoritaire, doivent être de qualité égale. Or, disent-ils, les services offerts à la minorité francophone sont de qualité inférieure. Ils allèguent qu'il n'y a pas de

are no services of equal quality for the Francophones in the region of Huronia. The services do not result in projects culturally adapted to the minority: see paragraphs 9 and 10 of the amended memorandum of fact and law of the appellants, where they wrote: [TRANSLATION] “The minority communities, such as the Aboriginal and Francophone communities, because of their cultures, have a relatively more collective and community-oriented approach. It is essential that a provider of economic development services take this difference into consideration.” They deplored a lack of knowledge of the communities being serviced, their needs and their special features. In the appellants’ view, this means that there has to be a Francophone institution, such as the CALDECH, that defines the economic needs of the Francophone minority, participates in or supervises the programming of the services available to Francophones and has a Francophone loan committee. As the Federal Court Judge said at paragraphs 69 and 70 of his decision, this means replacing an agency of the Anglophone majority with an agency of the Francophone minority.

[27] The appellants based their legal arguments on the unwritten constitutional principle of protection of and respect for minorities: see paragraph c and subparagraph d.iv of their claims.

[28] It may be that the appellants’ complaint about the actual quality of the economic development services provided by the Department under the DIA is founded. Indeed, it may be that some services that are of good quality for the Anglophone community and well adapted to its situation are deficient with respect to the Francophone minority and fail to adequately meet their needs. However, it is also conceivable that the services provided, although objectively equal for either community, are intrinsically deficient or inadequate for both communities. It is therefore possible, from more than one angle, that the economic development services offered by the Department fail to meet the requirements of the DIA. But that is not the legal issue raised before the Federal Court and that now comes to us on appeal.

[29] Indeed, the appellants’ application is based on the OLA and not on the DIA. It is an application for a

services de qualité égale pour les francophones de la région de la Huronie. Les services ne débouchent pas sur des projets culturellement adaptés à la minorité : voir les paragraphes 9 et 10 du mémoire amendé des faits et du droit des appelants. Ils y écrivent : « Les communautés minoritaires telles que les communautés autochtones et francophones ont, en raison de leurs cultures, une approche plutôt collective et communautaire. Il est essentiel qu’un prestataire de services de développement économique prenne cette différence en considération ». On reproche un manque de connaissance des collectivités desservies, de leurs besoins et de leurs particularités. Pour les appelants, cela signifie avoir une institution francophone, comme la CALDECH, qui définit les besoins économiques de la minorité francophone, participe à ou contrôle la programmation des services offerts aux francophones et possède un comité de prêt francophone. Comme le dit le juge de la Cour fédérale aux paragraphes 69 et 70 de sa décision, il s’agit de remplacer un organisme de la majorité anglophone par un organisme de la minorité francophone.

[27] Au plan légal, les appelants assoient leurs prétentions sur le principe constitutionnel non-écrit de la protection et du respect des minorités : voir l’alinéa c et le sous-alinéa d.iv de leurs réclamations.

[28] Il est possible que la plainte des appelants quant à la qualité même des services de développement économique offerts par le Ministère en vertu de la LMI soit bien fondée. De fait, il se peut que des services, qui sont de bonne qualité pour la communauté anglophone et bien adaptés à celle-ci, soient déficients pour la minorité francophone et ne rencontrent pas adéquatement leurs besoins. Il est aussi cependant concevable que les services offerts, quoiqu’objectivement égaux dans leurs prestations pour l’une et l’autre communauté, soient intrinsèquement déficients ou inadéquats pour les deux communautés. Il est donc possible que, sous plus d’un angle, les services de développement économique offerts par le Ministère ne rencontrent pas les exigences de la LMI. Mais là n’est pas la question qui fut légalement soumise à la Cour fédérale et qui nous parvient en appel.

[29] En effet, le recours intenté par les appelants est un recours fondé sur la LLO et non sur la LMI. Il s’agit

remedy made under subsection 77(1) of the OLA in relation to a complaint that the respondents have breached their obligations under Parts IV and VII of the OLA. It is therefore necessary to refer to the rights set out in these two parts of the OLA and to the concomitant obligations. I will begin with those rights and obligations in Part IV.

#### RIGHTS AND OBLIGATIONS IN PART IV OF THE OLA

[30] The program (i.e. the Community Futures Program) developed, implemented and sponsored by the Department is a federal government program. As such, emanating from a federal institution, it is subject to the OLA and the official languages policies of the Treasury Board. This means that the provision of services under this program must be guaranteed in both official languages where there is significant demand for them.

[31] The North Simcoe area has been identified as an area with an official language minority population representing at least 5% of the total population within its service area: see appeal book, Vol. VII, at pages 219 and 220. The area's Francophone minority is thus entitled to the rights conferred by Part IV of the OLA.

[32] Part IV of the OLA is entitled "Communications with and Services to the Public". It deals with rights in matters of communications and the language of communications and services. In *Schreiber v. Canada* (1999), 69 C.R.R. (2d) 256 (F.C.T.D.), at paragraphs 113 and 114, Madam Justice McGillis summarized the rights and obligations in Part IV in these words:

Part IV of the *Official Languages Act*, entitled "Communications with and Services to the Public", creates certain rights and corresponding duties in relation to communications and the provision of services in the official languages. In particular, section 21 accords to any member of the public the right to communicate with and to receive available services from federal institutions in either official language in accordance with the provisions in Part IV. To implement and give practical effect to that general right,

d'une demande de redressement faite en vertu du paragraphe 77(1) de la LLO suite à une plainte que les intimés manquaient à leurs obligations imposées par les parties IV et VII de la LLO. Il faut donc s'en remettre aux droits conférés par ces deux parties de la LLO et aux obligations correspondantes à l'exercice de ces droits. Je commencerai par ceux et celles de la partie IV.

#### LES DROITS ET OBLIGATIONS DE LA PARTIE IV DE LA LLO

[30] Le programme (soit le Programme de développement des collectivités) développé, mis en œuvre et parrainé par le Ministère est un programme gouvernemental fédéral. À ce titre, émanant d'une institution fédérale, il est soumis à la LLO et aux politiques du Conseil du Trésor en matière de langues officielles. Ceci signifie que la prestation des services offerts dans le cadre de ce programme doit être assurée dans les deux langues officielles, là où la demande le justifie.

[31] La région de Simcoe Nord a été identifiée comme une région qui possède une population minoritaire de langue officielle qui représente au moins 5 % de la population totale au sein de son aire de service : voir dossier d'appel, vol. VII, pages 219 et 220. La minorité francophone de la région jouit donc des droits conférés par la partie IV de la LLO.

[32] La partie IV de la LLO s'intitule « Communications avec le public et prestation des services ». Elle traite des droits en matière de communication ainsi que de la langue des communications et des services. Dans l'affaire *Schreiber c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1576 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux paragraphes 113 et 114, la juge McGillis résumait en ces termes les droits et obligations de la partie IV :

La partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, intitulée « Communications avec le public et prestation des services », crée certains droits et obligations correspondantes relativement aux communications et à la prestation de services dans les deux langues officielles. L'article 21 confère plus particulièrement au public le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services dans l'une ou l'autre langue conformément à la partie IV. Les articles 22 à 26 inclusivement visent à mettre en œuvre ce droit général

sections 22 to 26 inclusive impose various duties on federal institutions. For the purposes of the present proceeding, only section 22 is relevant, requiring that the communications and services of federal institutions must be in both official languages in certain areas of the country, including the National Capital Region. . . .

The remaining provisions of Part IV are not directly relevant for the purposes of the present proceeding, but nevertheless underscore the need for federal institutions to take the necessary steps to ensure, from a practical perspective, that the communications and services are provided in a manner that respects and enhances the language rights created in the enactment. [Emphasis added.]

[33] It seems clear from the provisions in this part of the OLA that the equality that is provided for therein is equality at the level of communication with federal institutions and equality at the level of receipt of services in either language, in this case the French language. In other words, the services offered, whether by a federal institution or by a third party acting on its behalf, must be available in both official languages, and communications with this institution or this third party must also be possible in both these languages. In still more schematic terms, Part IV of the OLA provides for equal linguistic access to regional economic development services in Ontario, and not access to equal regional economic development services. It may be that the right to equal economic development services claimed by the appellants exists under the DIA, but we need not address that. For the right and the remedy at stake are those provided for by the OLA: both are defined and constrained by that legislation.

[34] Therefore, with all due respect, Part IV of the OLA does not have the scope that the appellants ascribe to it. Thus, even if there is no doubt that it is strongly desirable, in terms of elaborating community programs development policy, to consult the local communities affected by these programs and involve them in the determination of their needs, Part IV of the OLA does not grant any right of participation in the definition of the content of those programs.

et à lui donner un effet pratique en imposant différentes obligations aux institutions fédérales. Aux fins de la présente instance, seul l'article 22 est pertinent. Il exige que les communications avec les institutions fédérales et la prestation de leurs services se fassent dans les deux langues officielles dans certaines régions du pays, dont celle de la capitale nationale [. . .]

Les autres dispositions de la partie IV ne sont pas directement pertinentes en l'espèce, mais elles soulignent la nécessité pour les institutions fédérales de prendre les mesures nécessaires pour garantir, en pratique, que les communications et la prestation de services se fassent d'une manière qui favorise le respect et la promotion des droits linguistiques créés par la loi. [Je souligne.]

[33] Il apparaît clairement des dispositions de cette partie de la LLO que l'égalité qui y est prônée est une égalité au niveau de la communication avec les institutions fédérales ainsi qu'une égalité au niveau de la réception des services dans l'une ou l'autre langue, en l'occurrence la langue française. En d'autres termes, les services offerts, soit par une institution fédérale, soit par un tiers agissant pour le compte de celle-ci, doivent être disponibles dans les deux langues officielles et la communication avec cette institution ou ce tiers doit aussi pouvoir se faire dans ces deux langues. En des termes encore plus schématiques, la partie IV de la LLO confère un accès linguistique égal aux services de développement économique régional en Ontario, et non un accès à des services égaux de développement économique régional. Peut-être le droit à des services égaux de développement économique revendiqué par les appelants existe-t-il en vertu de la LMI, mais nous n'avons pas à nous prononcer là-dessus. Car le droit ici réclamé ainsi que le recours exercé le sont en vertu de la LLO et ils obéissent aux paramètres et aux contraintes de celle-ci.

[34] Conséquemment, et je le dis avec égard, la partie IV de la LLO n'a pas la portée que les appelants veulent lui donner. Ainsi, même s'il est sans doute fortement désirable, au plan de l'élaboration d'une politique de développement de programmes communautaires, de consulter, et d'impliquer dans la définition des besoins, les communautés locales touchées par ces programmes, la partie IV de la LLO ne confère pas de droit de participation à la définition des contenus de ces programmes.

[35] In short, the appellants claim in effect that the Francophone minority has some special and specific needs in terms of regional economic development and that these needs are not satisfied by the programs established and the services offered under these programs. In my opinion, Part IV of the OLA is of no assistance to them on this aspect of their claim.

[36] Counsel for the intervening party laid great stress on paragraph 2(b) of the OLA which, she says, embodies a principle of substantive, and not simply formal, equality in the use and status of the two official languages. She cited *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at paragraph 22, where Mr. Justice Bastarache stated that substantive equality is the correct norm to apply in Canadian law. She also drew particular attention to the comment by Bastarache J. that language rights must be liberally construed and be interpreted “as a fundamental tool for the preservation and protection of official language communities where they do apply”: *ibid.*, at paragraph 25.

[37] I have no difficulty with this principled approach. Paragraph 2(a) of the OLA provides for equality of status and use for both official languages. Paragraph 2(b) is meant to support the development of English and French linguistic minority communities and advance the equality of status and use of the English and French languages. And, needless to say, this cannot be a merely virtual or purely formal equality, without substantive or concrete application. On that basis, I am willing to subscribe to the opinion of Bastarache J. that “language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State”, at paragraph 24.

[38] However, in my humble opinion, the intervenor’s counsel was mistaken when she argued that, based on this principle of linguistic equality, the respondents had a duty under the OLA to take the necessary steps to ensure that Francophones are considered equal partners with Anglophones in regional economic development, as per a definition of the services that reflect the needs of the minority, and in the provision of equal economic development services. In my view, this is to confuse the

[35] En somme, un des aspects de la revendication des appelants consiste à dire que la minorité francophone a des besoins particuliers et spécifiques en matière de développement économique régional et que ces besoins ne sont pas satisfaits par les programmes mis en place et les services offerts en vertu de ces programmes. À mon avis, la partie IV de la LLO ne leur est d’aucun secours sur cet aspect.

[36] La procureure de la partie intervenante a beaucoup insisté sur l’alinéa 2b) de la LLO qui, dit-elle, sous-tend un principe d’égalité réelle, et non simplement formelle, d’usage et de statut des deux langues officielles. Elle a cité l’arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, au paragraphe 22, où le juge Bastarache affirme que l’égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Elle insiste également sur les propos du juge Bastarache selon lesquels les droits linguistiques doivent s’interpréter d’une manière libérale et « comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s’appliquent » : *ibid.*, au paragraphe 25.

[37] Je n’éprouve aucune difficulté avec cette approche de principe. L’alinéa 2a) de la LLO confère une égalité de statut et d’usage aux deux langues officielles. L’alinéa 2b) vise à appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et à favoriser la progression de l’égalité de statut et d’usage du français et de l’anglais. Et il va sans dire qu’il ne saurait s’agir d’une égalité simplement virtuelle ou purement formelle, sans application réelle ou concrète. Partant de là, je suis disposé à souscrire à l’opinion du juge Bastarache que les « droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l’État » : au paragraphe 24.

[38] Mais là où, à mon humble avis, la procureure de l’intervenante fait erreur, c’est lorsqu’elle conclut qu’à partir de cette égalité linguistique, les intimés devaient en vertu de la LLO prendre les mesures nécessaires pour que les francophones soient considérés comme des partenaires égaux avec les anglophones dans le développement économique régional, dans une définition des services qui tiennent compte des besoins de la minorité et dans une prestation de services égaux

rights that may be provided for in, and the duties that may be imposed by, the DIA with the rights and duties that flow from the OLA.

[39] . In *Beaulac*, the accused had an absolute right under subsection 530(1) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, ss. 94, 203)] to equal access to designated courts in the official language that he considered to be his own. Therefore, said Bastarache J. at paragraph 28 of his decision, “[t]he courts called upon to deal with criminal matters are therefore required to be institutionally bilingual in order to provide for the equal use of the two official languages of Canada.” It is in relation to the absolute right of an accused to a trial in his own language and institutional bilingualism that Bastarache J., at paragraph 22, spoke of “equal access to services of equal quality for members of both official language communities in Canada”.

[40] This is a very specific context from which it is not possible to infer, as the appellants, supported by the interveners, have done, that in the case at bar the language rights in the OLA require that [TRANSLATION] “the achievement of the objectives of community economic development necessitate that the services provided be adapted to the unique needs and the cultural reality of the Francophone community”: see paragraph 35 of the appellants’ amended memorandum of fact and law and paragraph 11 of the interveners’ memorandum of fact and law. There is nothing in Part IV that would warrant or lead to such an inference. When some services are available, as section 25 provides, Part IV simply gives the appellants the right to receive them in either official language.

[41] To conclude, I am of the view that the appellants are not incorrect to say that federal institutions should take into account the cultural needs of a minority language community in establishing services that are also intended for them. However, I do not think that Part IV of the OLA is the foundation that enables them to demand that the respondents act accordingly. To hold otherwise would amount to distorting the objective of the OLA and doing violence to the language of the

de développement économique. À mon sens, il y a là une confusion entre les droits possiblement conférés et les obligations possiblement imposées par la LMI et ceux et celles qui découlent de la LLO.

[39] Dans l’affaire *Beaulac*, l’accusé possédait, en vertu du paragraphe 530(1) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 94, 203)], un droit absolu à l’accès aux tribunaux, désignés à ce paragraphe, dans la langue officielle qu’il estime être la sienne. En conséquence, dit le juge Bastarache au paragraphe 28 de sa décision, « [I]es tribunaux saisis d’une affaire criminelle sont donc tenus d’être institutionnellement bilingues afin d’assurer l’emploi égal des deux langues officielles du Canada ». C’est dans ce contexte d’un droit absolu de l’accusé à un procès dans sa langue et d’un bilinguisme institutionnel que le juge Bastarache, au paragraphe 22, a parlé « d’accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles du Canada ».

[40] Il s’agit d’un contexte bien particulier qui ne permet pas, comme le prétendent les appelants appuyés par la partie intervenante, de conclure qu’en l’espèce, les droits linguistiques de la LLO requièrent que « la réalisation des objectifs du développement économique communautaire nécessite que les services offerts soient adaptés aux besoins uniques et à la réalité culturelle de la communauté francophone » : voir le paragraphe 35 du mémoire amendé des faits et du droit des appelants et le paragraphe 11 du mémoire des faits et du droit de l’intervenante. Rien dans la partie IV ne justifie ou ne conduit à une telle conclusion. Lorsque des services sont disponibles (en anglais « *available* », selon l’article 25), la partie IV ne fait qu’accorder aux appelants le droit de les recevoir dans l’une ou l’autre langue officielle.

[41] En conclusion, je crois que les appelants n’ont pas tort de dire que les institutions fédérales devraient tenir compte des besoins culturels d’une communauté minoritaire en établissant des services qui leur sont également destinés. Mais je ne crois pas que la partie IV de la LLO soit le fondement qui leur permette d’exiger des intimés qu’ils agissent ainsi. Conclure autrement équivaldrait à dénaturer l’objectif de la LLO et à faire violence aux textes législatifs. La partie IV s’efforce

statutory enactments. Part IV is meant to help the official language minorities preserve and promote their language and cultural identity by enabling them to have access, in the official language of their choice, to the government services that are available. This is an important objective of Part IV, to be sure, but it is nevertheless a limited objective, and it is not the role of the courts to go beyond Parliament's express intention.

#### WAS NORTH SIMCOE REQUIRED TO PROVIDE THE SERVICES IN FRENCH?

[42] Section 25, contained in Part IV of the OLA, deals with the provision of services by third parties. Such provision of services to the public must be available in either official language when the third party is acting on behalf of a federal institution and when that institution would be subject to a similar obligation if it were offering those services itself. Members of the public also have the right to communicate with this third party in either official language.

[43] To act on behalf of another person is to act for that person or for the benefit or in the interest of that person: *Owners, Strata Plan No. VR368 v. Marathon Realty Co. Ltd. et al.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 540 (B.C.C.A.); *Gilbert v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2002 BCSC 950; *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. (Toronto: Oxford University Press, 2004), at page 128; *The New Oxford Dictionary of English* (Oxford: Clarendon Press, 1998), at page 157; *Grand Larousse universel*, Vol. 4 (Paris: Larousse, 1995), at page 2467.

[44] Counsel for the respondents argued that the Judge erred in finding that North Simcoe was acting on behalf of the respondents within the meaning of section 25. This is because the expression "on behalf of/pour le compte de" implies a notion of prior authorization by the person on whose behalf the third party will act: see the respondents' memorandum of fact and law at paragraphs 44 and 45. If services made available by a third party are to be subject to the obligations in Part IV of the OLA, it was argued that the third party must necessarily obtain the prior authorization of the federal institution to provide the services in question, which was not the case here.

d'aider les minorités de langue officielle à préserver et promouvoir leur langue et leur identité culturelle en leur permettant d'accéder, dans la langue officielle de leur choix, aux services gouvernementaux offerts. Il s'agit d'un objectif certes important de la partie IV, mais d'un objectif tout de même limité et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'étendre au-delà de la volonté législative exprimée.

#### SIMCOE NORD ÉTAIT-ELLE TENUE D'OFFRIR LES SERVICES EN FRANÇAIS ?

[42] L'article 25, contenu à la partie IV de la LLO, traite de la fourniture de services par des tiers. Cette fourniture de services au public doit avoir lieu dans l'une ou l'autre langue officielle lorsque le tiers agit pour le compte d'une institution fédérale et lorsque cette dernière serait soumise à pareille obligation si elle offrait elle-même les services. Les membres du public jouissent aussi du droit de communiquer avec ce tiers dans l'une ou l'autre de ces deux langues.

[43] Agir pour le compte d'une autre personne (en anglais, « *on behalf of* »), c'est agir pour cette personne ou pour le bénéfice ou dans l'intérêt de cette personne : *Owners, Strata Plan No. VR368 v. Marathon Realty Co. Ltd. et al.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 540 (C.A.C.-B.); *Gilbert v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2002 BCSC 950; *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Oxford University Press, 2004, page 128; *The New Oxford Dictionary of English*, Oxford: Clarendon Press, 1998, page 157; *Grand Larousse universel*, tome 4, Paris: Larousse, 1995, page 2467.

[44] Le procureur des intimés soutient que le juge a eu tort de conclure que Simcoe Nord agissait pour le compte des intimés au sens de l'article 25. Il en serait ainsi parce que l'expression « pour le compte de/*on behalf of* » implique une notion d'autorisation préalable de la personne pour le compte de laquelle le tiers agira : voir le mémoire des faits et du droit des intimés aux paragraphes 44 et 45. Pour que les services offerts par un tiers soient soumis aux obligations de la partie IV de la LLO, il faut, dit-il, que celui-ci nécessairement obtienne d'une institution fédérale l'autorisation préalable d'offrir les services en question, ce qui, allègue-t-il, n'est pas le cas en l'instance.

[45] I think the respondents' counsel adopted an excessively technical and restrictive view of the expression "on behalf of". A third party may act in concert or in partnership with a federal institution for the provision of services even though there has not necessarily been a prior authorization in the formal sense given to it by the respondents' counsel.

[46] Similarly, a third party may act on behalf of another person when he exercises powers that the other person has delegated to him: see *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Minister of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (F.C.T.D.), at paragraph 138, where the Federal Court held that the Province of Ontario and the municipal governments that had signed an agreement with Justice were acting on behalf of the federal government in the implementation of the *Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47, when they exercised the powers that were delegated to them by the federal government.

[47] Finally, it is not inconceivable that a federal institution might decide to approve and accept responsibility for the provision of existing services; those services would then become subject to the obligations in Part IV of the OLA. In that case, one could not speak of a prior authorization in the sense that was understood by the respondents.

[48] Counsel for the respondents referred to *Lavigne v. Canada (Human Resources Development)* (2003), 308 N.R. 186 (F.C.A.), where this Court confirmed the decision of the Federal Court [[2002] 2 F.C. 164]. The latter had held that there was no delegation of powers in that case because Emploi-Québec had jurisdiction to act in the area of activities related to the labour market and "is not dependent upon federal authorization for its activities and owes nothing to it".

[49] I note, firstly, that in this passage, the Federal Court refers to an authorization, and not a prior authorization. Secondly, this reference to a federal authorization was made in connection with the distribution of powers between the federal and provincial governments. The concept of authorization to which the Federal Court referred did not mean

[45] Je crois que le procureur des intimés adopte une vision trop formaliste et trop limitative de l'expression « pour le compte de ». Un tiers peut agir de concert ou en partenariat avec une institution fédérale pour la prestation de services sans que n'intervienne nécessairement le concept d'une autorisation préalable au sens formel où l'entend le procureur des intimés.

[46] De même, un tiers peut agir pour le compte d'une autre personne lorsqu'il exerce des pouvoirs que cette autre personne lui a délégués : voir l'arrêt *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2001 CFPI 239, au paragraphe 138 où la Cour fédérale a conclu que la province de l'Ontario et les gouvernements municipaux qui ont signé une entente avec Justice agissaient pour le compte du gouvernement fédéral dans la mise en œuvre de la *Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47 lorsqu'ils exerçaient les pouvoirs qui leur furent délégués par le gouvernement fédéral.

[47] Enfin, il n'est pas impensable qu'une institution fédérale puisse décider d'endosser et de prendre à son compte une prestation de services existante, lesquels services deviendraient alors soumis aux obligations de la partie IV de la LLO. On ne peut parler en pareil cas d'une autorisation préalable au sens où l'entendent les intimés.

[48] Le procureur des intimés se réfère à l'arrêt *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2003 CAF 203 où notre Cour a entériné la décision de la Cour fédérale [[2002] 2 C.F. 164]. Cette dernière concluait qu'il n'y avait pas eu de délégation de pouvoirs en l'espèce parce qu'Emploi-Québec avait compétence pour agir dans le domaine des activités liées au marché du travail et qu'il « ne dépend pas d'une autorisation fédérale pour exercer ses activités et ne doit rien au gouvernement fédéral ».

[49] Je note, tout d'abord, que, dans cet extrait, la Cour fédérale parle d'une autorisation, et non d'une autorisation préalable. Deuxièmement, cette référence à une autorisation fédérale se situe dans un contexte de partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Le concept d'autorisation, auquel la Cour fédérale réfère, n'a pas ici un sens

authorization or prior approval, but rather connoted an enabling power, since without this enabling power the provincial governments do not have the legal capacity to act where a field of exclusive federal jurisdiction is at stake—which was not so in that case. But the Federal Court recognized the possibility and validity of a delegation of powers from the federal government to some provincial agencies or governments.

[50] Thirdly, delegation, which both *Lavigne* and *Commissioner of Official Languages* accept as proof of acting on behalf of another, and ratification are both modes of authorization. The *Nouveau Petit Robert* defines “ratification” as a confirmation or approval (*homologation*) and “delegation” as a mandate or power of attorney (*procuration*). Synonyms of “*authorisation*”, or having the same meaning as the verb “to authorize”, are accreditation, confirmation, agreement, approval, consent, acceptance and permission. This applies as well to a partnership, which evokes the notion of agreement and hence of reciprocal authorization.

[51] At the end of the day, the issue is whether, given the facts and circumstances of the case, the third party is providing the services of a federal institution or a federal government program with the accreditation, agreement, confirmation, consent, acceptance or approval of the institution or the government. In the affirmative, it must be held that this third party is acting on behalf of a federal institution within the meaning of section 25 of the OLA. And the third party is required to provide these services in both official languages if, I repeat, the federal institution or federal government were themselves subject to this obligation.

[52] In the case at bar, the program, as mentioned earlier, is a government program offering various services related to regional and community economic development, devised pursuant to, and in application of, the DIA. If it were dispensing those services itself, the Department would be subject to the obligations set out in Part IV of the OLA.

[53] Counsel for the respondents submitted that the relationship between the Department and North Simcoe

d'autorisation ou d'approbation préalable, mais plutôt un sens d'habilitation car, sans cette habilitation, les gouvernements provinciaux n'ont pas la capacité légale d'agir lorsqu'il s'agit d'un champ exclusif de compétence fédérale, ce qui n'était pas le cas dans cette affaire. Mais la Cour fédérale reconnaît la possibilité et la validité d'une délégation de pouvoirs du gouvernement fédéral à des organismes ou des gouvernements provinciaux.

[50] Troisièmement, la délégation, que tant l'arrêt *Lavigne* que l'arrêt *Commissaire aux langues officielles* acceptent comme preuve d'un agir pour le compte d'autrui, ainsi que la ratification sont deux modes d'autorisation. Le *Nouveau Petit Robert* définit la « ratification » comme une confirmation ou une homologation et la « délégation » comme un mandat ou une procuration. Sont synonymes d' « autorisation » ou du sens du verbe « autoriser » l'accréditation, la confirmation, l'accord, l'approbation, le consentement, l'acceptation et la permission. Il en va de même du partenariat qui évoque la notion d'accord et donc d'autorisation réciproque.

[51] En somme, il s'agit de voir, selon les faits et les circonstances de l'espèce, si le tiers offre des services d'une institution fédérale ou d'un programme gouvernemental fédéral avec l'accréditation, l'accord, la confirmation, le consentement, l'acceptation ou l'approbation de celle-ci ou du gouvernement. Une réponse positive entraîne une conclusion que ce tiers agit pour le compte d'une institution fédérale au sens de l'article 25 de la LLO. Et ce tiers est tenu d'offrir ces services dans les deux langues officielles si, je le rappelle, l'institution fédérale ou le gouvernement fédéral étaient eux-mêmes soumis à une telle obligation.

[52] Dans le cas présent, le programme, tel que déjà mentionné, est un programme gouvernemental offrant divers services reliés au développement économique régional et communautaire, élaboré conformément à et en application de la LMI. S'il les dispensait lui-même, le Ministère serait soumis aux obligations de la partie IV de la LLO.

[53] Le procureur des intimés soumet que la relation entre le Ministère et Simcoe Nord ne dépasse pas le

did not go beyond mere financial support to a CFDC that he qualifies as autonomous, acting on behalf of the community and receiving funding from more than one source, including the federal government.

[54] Needless to say, there is no denying that a mere financial contribution by the federal government to a third person for services it is delivering, and which are not services provided by a federal institution or in the context of a federal government program, does not trigger the application of section 25 of the OLA. But in this case we have a government program emanating from a federal institution which, through the CFDC, including North Simcoe, provides a portion of the services referred to in the program. I think the relationship between the Department and North Simcoe in this case goes beyond the mere giving of financial support to some service agency. The fact that North Simcoe can look to funding sources other than the federal government does not, in my opinion, alter the nature of their relationship.

[55] The respondents' counsel also referred to the opinion of the Commissioner of Official Languages that North Simcoe was not acting on behalf of the federal government within the meaning of section 25 of the OLA. This opinion was not binding on the Federal Court Judge, who did not share it. I think he was right to take his distance from it in this case. I will try to explain why in the next few paragraphs.

[56] The respondents' counsel argues that the Judge confused North Simcoe's obligation to account for the funds received with a notion of control allegedly exercised by the federal government over North Simcoe.

[57] I do not disagree with the respondents' proposition that they must themselves account to Parliament for the funds that are allocated to them and therefore that they not only have a right but an interest in knowing how the funds they pay to North Simcoe are spent, if only in order to satisfy themselves that they are directed to activities that are clearly consistent with the established program. If this case involved only this kind of control, the question would be much harder to

stade d'un simple soutien financier à une SADC qu'il qualifie d'autonome, agissant pour le compte de la communauté, et recevant un financement de plus d'une source, dont le gouvernement fédéral.

[54] Il va de soi, je le reconnais, qu'une simple contribution financière du gouvernement fédéral à un tiers pour des services qu'il rend et qui ne sont pas des services offerts par une institution fédérale ou dans le cadre d'un programme gouvernemental fédéral n'engage pas l'application de l'article 25 de la LLO. Mais ici nous sommes en présence d'un programme gouvernemental émanant d'une institution fédérale qui, par l'entremise de SADC, dont Simcoe Nord, fournit une partie des services que le programme prévoit et offre. Je crois que la relation entre le Ministère et Simcoe Nord dépasse ici le stade d'un simple soutien financier à un quelconque organisme de services. Le fait que Simcoe Nord puisse aussi s'abreuver financièrement à d'autres sources de revenus que le gouvernement fédéral n'altère pas, à mon avis, la nature de leurs relations.

[55] Le procureur des intimés a aussi fait état de l'opinion de la commissaire aux langues officielles selon laquelle Simcoe Nord n'aurait pas agi pour le compte du gouvernement fédéral au sens de l'article 25 de la LLO. Cet avis ne liait pas le juge de la Cour fédérale qui ne l'a pas partagé. Je crois que ce dernier a eu raison de s'en dissocier dans les circonstances du présent dossier. Je m'applique dans les quelques paragraphes qui vont suivre à en fournir la justification.

[56] Le procureur des intimés reproche au juge d'avoir confondu l'obligation de rendre compte qui échoit à Simcoe Nord pour les sommes d'argent reçues avec une notion de contrôle que le gouvernement fédéral exercerait sur Simcoe Nord.

[57] Je ne suis pas en désaccord avec la proposition des intimés qu'ils doivent eux-mêmes rendre compte au Parlement des sommes qui leur sont allouées et, en conséquence, qu'ils ont non seulement droit, mais aussi intérêt à savoir comment sont dépensés les montants qu'ils versent à Simcoe Nord, ne serait-ce que pour s'assurer qu'ils sont affectés à des activités qui cadrent bien avec le programme mis en place. S'il n'y avait que ce genre de contrôle dans la présente affaire, la question

resolve. But such is not the case.

[58] The Department's program exercises a general form of control over the definition, nature and scope of the activities of the program and eligible activities, over the costs of these activities and over the results that are sought: see *The Government of Canada's Community Futures Program, Terms and Conditions*, October 3, 2005.

[59] Thus, we see at page 3 that all policies of the Government of Canada and related legislation, including the OLA, are applicable, "unless otherwise noted in these Terms and Conditions". I found no such exceptions.

[60] The program activities for which the CFDCs may receive support from the federal government are the following:

- a. Fostering strategic community planning and socio-economic development by working with their communities to assess local problems, establish objectives, plan and implement strategies to develop human capital; institutional and physical infrastructure; entrepreneurship; employment; and the economy;
- b. Providing business services by delivering a range of business, counselling and information services to SMEs and Social Enterprises;
- c. Providing access to capital to assist existing SMEs and Social Enterprises or to help entrepreneurs to create new SMEs and Social Enterprises;
- d. Supporting community-based projects and special initiatives by collaborating with other partners in the public sector and civil society to implement strategic community projects or deliver special initiatives targeted to communities. These projects would vary considerably from one community to another and could include a wide range of local initiatives in areas such as tourism, entrepreneurship, economic opportunities for specific client groups such as women, youth, Aboriginal people and members of official language minorities, or projects which respond to specific challenges facing a community such as downturns in important industries.

serait beaucoup plus difficile à trancher. Mais tel n'est pas le cas.

[58] En effet, le programme du Ministère exerce un contrôle général sur la définition, la nature et l'étendue des activités du programme et des activités admissibles, sur les coûts de ces activités et sur les résultats recherchés : voir *Le programme de développement des collectivités du gouvernement du Canada*, modalités, 3 octobre 2005.

[59] Ainsi on y voit à la page 3 que toutes les politiques du gouvernement du Canada et les mesures législatives connexes, y compris la LLO, s'appliquent, « sauf indication contraire dans les présentes modalités ». Je n'y en ai trouvé aucune.

[60] Les activités du programme pour lesquelles les SADC pourront recevoir un soutien du gouvernement fédéral sont les suivantes :

- a. favoriser la planification stratégique et le développement socio-économique en travaillant en collaboration avec leurs collectivités pour identifier les problèmes locaux; établir des objectifs; planifier et mettre en œuvre des stratégies pour développer le capital humain, l'infrastructure institutionnelle et physique; l'entrepreneuriat, l'emploi, l'économie;
- b. offrir des services aux entreprises par la prestation de conseils et d'information aux PME et aux entreprises d'économie sociale;
- c. donner accès à du capital aux PME existantes incluant celles d'économie sociale ou à des entrepreneurs pour les aider à créer de nouvelles entreprises dont des entreprises d'économie sociale; et
- d. et, soutenir les projets de développement économique local et les initiatives spéciales en collaborant avec d'autres partenaires publics et de la société civile visant à mettre en œuvre des projets et initiatives stratégiques et spéciales à l'intention de la communauté. Ces projets varieront considérablement d'une collectivité à l'autre et pourraient comporter une vaste gamme d'initiatives locales dans des domaines tels que le tourisme, l'entrepreneuriat, les initiatives économiques à l'intention des groupes de clients spécifiques tels que les femmes, les jeunes, les Autochtones et les membres des minorités de langue officielle ou des projets répondant à des défis particuliers auxquels les collectivités sont confrontées tels que le déclin d'industries importantes.

[61] Among the eligible activities for program recipients, we see that these include, for the local CFDCs:

- strategic and community planning,
- community mobilization and networking,
- provision of information and management tools,
- leadership development,
- opportunity identification and feasibility studies,
- business planning,
- business counselling,
- management training,
- marketing,
- studies,
- skills development, including entrepreneurial training,
- performance measurement and evaluation,
- environmental assessments,
- applied research and development,
- lending to IF Pools to better utilize cash reserves and make collaborative investments,
- business financing in the form of repayable loans, loan guarantees, or equity positions, and
- regional collaborative tourism marketing initiatives.

[62] The Department's control does not end there. In the contract executed between Industry Canada and North Simcoe (I have looked at the 2004 contract, which is only in English), I note that the Department exercises control over the way in which the services are provided, stipulating in clause 8 that North Simcoe must operate in both official languages for the services that it delivers to the public under the program, that these services must be announced and advertised in both official languages and that communications with the public must comply with the same requirements: appeal book, Vol. VII, at page 1929. Clause 8.1 reads:

### **8.0 Official Languages**

**8.1** Where the Recipient communicates with members of the public regarding activities supported by the Contribution, and/or where the Recipient provides services supported by the Contribution to members of the public, the Recipient shall:

- (a) make available in both official languages any notice, advertisement, announcement, document or publication for the

[61] Parmi les activités admissibles des bénéficiaires du programme, on voit que celles-ci comprennent pour les SADC locaux :

- la planification stratégique;
- la mobilisation communautaire et le réseautage;
- l'offre d'outils d'information et de gestion;
- le développement du leadership;
- la recherche d'opportunités et les études de faisabilité;
- la planification des entreprises;
- les services de consultation aux entreprises;
- la formation en matière de gestion;
- les activités de communication (marketing);
- les études;
- le perfectionnement des compétences, y compris la formation en matière d'entrepreneuriat;
- la mesure et l'évaluation du rendement;
- les évaluations environnementales;
- la recherche appliquée et le développement;
- les prêts aux Fonds communs permettant une meilleure utilisation des liquidités et les investissements en partenariat;
- le financement des entreprises sous forme de prêts remboursables, de garanties de prêts ou de participation au capital-actions;
- et, des projets régionaux de promotion touristique.

[62] Là ne s'arrête pas le contrôle du Ministère. Dans le contrat passé entre Industrie Canada et Simcoe Nord (j'ai considéré le contrat de 2004 qui n'est qu'en anglais), je note que le Ministère exerce un contrôle sur la manière de fournir les services en stipulant à l'article 8 que Simcoe Nord doit opérer dans les deux langues officielles pour les services qu'elle rend au public en vertu du programme, que ces services doivent être annoncés et publicisés dans les deux langues officielles et que les communications avec le public doivent respecter les mêmes exigences : dossier d'appel, vol. VII, page 1929. La clause 8.1 se lit :

### **8.0 Langues officielles**

**8.1** Lorsque le Bénéficiaire communique avec les membres du public concernant des activités appuyées par la Contribution, ou lorsque le Bénéficiaire fournit aux membres du public des services appuyés par la Contribution, le Bénéficiaire doit :

- a) rendre disponible dans les deux langues officielles tout avis, annonce publicitaire, communiqué, document ou publication

information primarily of members of the public who are resident in the community;

(b) actively offer and provide in both official languages any services to be provided or made available to members of the public who are resident in the community;

(c) encourage members of both official language communities to participate in its activities; and

(d) organize activities when appropriate to meet the needs of members of both official language communities.

[63] Furthermore, the general terms that are found in Schedule 3 appended to the contract reveal an additional notion of control in terms of the delivery of services by North Simcoe. Indeed, according to clause 1.4, no significant alteration in North Simcoe's policies or procedures in regard to personnel, operation of the Investment Fund, operation of these small business counselling and assistance services, general administration and conflicts of interest may be made without prior consultation with the Minister: appeal book, Vol. VII, at page 1934.

[64] Under clause 4.1(c), North Simcoe has undertaken not to enter into any agreement that might jeopardize the full implementation of the contract between the two parties without the approval in writing of the Minister. This attests to a degree of control over the activities of North Simcoe that protects the Department's interest in the implementation of the program itself: appeal book, Vol. VII, at page 1936.

[65] Through the operation of clauses 8.2 to 8.5, the Minister exercises control over the public disclosure of the agreement between the parties. He may participate in the announcement and display promotional materials of Industry Canada and FedNor: appeal book, Vol VII, at page 1939.

[66] Clause 1.3 requires that North Simcoe develop, in consultation with the Minister, a detailed action plan for community strategic planning. The plan shall identify the specific initiatives that North Simcoe intends to take and the anticipated results of these initiatives. It must also contain some performance

destiné surtout aux membres du public qui sont résidents de la collectivité;

b) offrir de façon active et fournir, dans les deux langues officielles, tout service qui sera fourni ou disponible aux membres du public qui sont résidents de la collectivité;

c) inciter les membres des deux collectivités de langue officielle à participer aux activités;

d) organiser, le cas échéant, les activités de manière à répondre aux besoins des deux collectivités linguistiques.

[63] En outre, il ressort, des conditions générales que l'on retrouve à l'annexe 3 attaché au contrat, une notion additionnelle de contrôle au niveau de la prestation des services par Simcoe Nord. De fait, selon la clause 1.4, aucune modification significative aux politiques ou procédures de Simcoe Nord relativement au personnel, au fonctionnement du Fonds d'investissement, au fonctionnement de ses services de conseil et d'aide aux petites entreprises, à l'administration générale et aux conflits d'intérêts ne peut être apportée sans une consultation préalable avec le ministre : dossier d'appel, vol. VII, page 1934.

[64] En vertu de la clause 4.1(c), Simcoe Nord s'est engagé à ne pas conclure d'entente, sans l'approbation écrite du ministre, qui pourrait compromettre la réalisation intégrale du contrat entre les deux parties. Ceci témoigne d'un degré de contrôle sur les activités de Simcoe Nord qui protège les intérêts du Ministère dans la réalisation du programme lui-même : dossier d'appel, vol. VII, page 1936.

[65] Par le truchement des clauses 8.2 à 8.5, le ministre exerce un contrôle sur le dévoilement public de l'entente entre les parties. Il peut participer à l'annonce et y exposer du matériel promotionnel d'Industrie Canada et de FedNor : dossier d'appel, vol. VII, page 1939.

[66] La clause 1.3 requiert de Simcoe Nord qu'il développe, en consultation avec le ministre, un plan d'action détaillé en matière de planification stratégique communautaire. Le plan doit identifier les initiatives spécifiques que Simcoe Nord entend prendre ainsi que les résultats escomptés de ces initiatives. Il doit contenir

indicators that are acceptable to the Minister: appeal book, Vol. VII, at page 1942.

[67] As to the North Simcoe objectives in regard to community strategic planning and small business assistance and counselling, the agreement includes an extensive detailed list of the activities that North Simcoe and the Department have agreed to maintain: appeal book, Vol. VII, at pages 1943 to 1946. In my humble opinion, these terms of the agreement, by their nature and the characteristics and detail of the activities to be carried out, show that the relationship between North Simcoe and the Department go far beyond a merely distant financial contribution.

[68] Clauses 9.6 and 9.7 of Schedule 3 prohibit North Simcoe from transferring the benefits of the agreement, in whole or in part, to anyone else without the prior approval in writing of the Minister, failing which the transfer will be void: appeal book, Vol. VII, at page 1940.

[69] Schedule 3 also gives the Minister an important supervisory authority over North Simcoe:

[TRANSLATION]

- (a) The Minister may determine whether North Simcoe has ceased its operations, whether it has failed to comply with the terms of the agreement, whether there has been an adverse change in circumstances that alters the nature of the risk, whether it has failed to act with due diligence in regard to the obligations assumed: *ibid.*, clauses 5.1(c), (e), (f) and (g), at page 1936;
- (b) North Simcoe shall give the Minister reasonable notice of the date and place of all meetings of the official board and other committees. A representative of the Minister shall be entitled to be present at the meetings. Finally, North Simcoe shall send the Minister a copy of the minutes of each meeting of the board as soon as they shall have become available: *ibid.*, clause 6.1, at page 1937;
- (c) North Simcoe must provide the Minister with an annual report of its activities and a report of its audited financial statements and the Minister shall have extensive authority to request information from North Simcoe on the activities and to inspect the Simcoe premises and its books and ledgers: *ibid.*, clauses 6.3, 6.4, 6.6 and 6.8, at page 1938; and

également des indicateurs de performance acceptables pour le ministre : dossier d'appel, vol. VII, page 1942.

[67] En ce qui a trait aux objectifs de Simcoe Nord relatifs à la planification stratégique communautaire et aux services d'aide et de conseil aux petites entreprises, l'entente comprend une liste détaillée et extensive des activités que Simcoe et le Ministère ont convenu de tenir : dossier d'appel, vol. VII, pages 1943 à 1946. Ces termes de l'entente, par leur nature et par la spécificité et le détail des activités à réaliser, à mon humble avis, montrent que la relation entre Simcoe Nord et le Ministère va bien au-delà d'une simple contribution financière versée à distance.

[68] Les clauses 9.6 et 9.7 de l'annexe 3 interdisent à Simcoe Nord de transférer, en tout ou en partie à quelqu'un d'autre, les bénéfices de l'entente sans l'approbation préalable écrite du ministre, le tout sous peine de nullité du transfert : dossier d'appel, vol. VII, page 1940.

[69] L'annexe 3 confère aussi au ministre un important pouvoir de surveillance de Simcoe Nord :

- a) le ministre peut décider si Simcoe Nord a cessé ses opérations, si elle a fait défaut de respecter les termes de l'entente, s'il y a eu changement adverse au niveau des circonstances qui altère la nature du risque, si elle n'a pas agi d'une manière diligente en ce qui a trait aux obligations assumées : *ibidem*, clauses 5.1(c), (e), (f) et (g), page 1936;
- b) Simcoe Nord doit donner au ministre un avis raisonnable de la date et du lieu de toutes les réunions du bureau de direction et autres comités. Un représentant du ministre a droit d'être présent aux réunions. Enfin, Simcoe Nord doit faire parvenir au ministre une copie des procès-verbaux de chaque réunion du bureau de direction dès qu'ils sont disponibles : *ibidem*, clause 6.1, page 1937;
- c) Simcoe Nord doit fournir au ministre un rapport annuel de ses activités, un rapport de ses états financiers vérifiés et le ministre dispose d'un vaste pouvoir de requérir de Simcoe Nord de l'information sur les activités ainsi que celui d'inspecter les locaux de Simcoe ainsi que ses livres et ses livres comptables : *ibidem*, clauses 6.3, 6.4, 6.6 et 6.8, page 1938; et

(d) the Minister shall have a right of access to the files of the clients of North Simcoe and the right to contact these clients for purposes of evaluating the success of the activities: *ibid.*, clause 6.11, at page 1939.

[70] I could go on giving examples of government control over North Simcoe. I will simply add that North Simcoe is an integral component of the program established by the government. Moreover, according to clauses 2.2, 3.1 and 4.1(a) of Schedule 3, North Simcoe must, in the event of cessation of its operations or dissolution, transfer its property and assets to another CFDC approved by the Minister: appeal book, Vol. VII, at page 1935. This obligation reflects the fact that North Simcoe is one cog in a larger program, coordinated by Industry Canada, which oversees the approval of all CFDCs. See the definition of CFDC in the North Simcoe contract, where the notion of oversight of approvals appears: appeal book, Vol. VII, at page 1925.

[71] The Judge correctly found that the program was an initiative of Industry Canada and that it was managed by FedNor. In my opinion, the terms and conditions of the program and the agreement between the parties show that North Simcoe acts on behalf of the government in the establishment and implementation of the regional and community economic development program.

[72] To conclude otherwise would allow an important government program, in one of its principal phases, its implementation, to avoid the application of the OLA. It would make a dead letter of section 25, destroy both its letter and spirit and allow the government to do indirectly what it cannot do directly. It would also negate substantive equality in terms of status and use of the minority language in the area in question.

#### OLA SUBSECTION 77(1) APPLICATION FOR REMEDY FOR ALLEGED BREACHES OF PART VII

[73] In *Forum des maires*, this Court found that the avenue provided for in subsection 77(1) of the OLA was

d) le ministre a le droit d'accès aux dossiers des clients de Simcoe Nord et de contacter ces derniers pour fins d'évaluation des succès des activités : *ibidem*, clause 6.11, page 1939.

[70] Je pourrais continuer d'ajouter à ces exemples de contrôle du gouvernement sur Simcoe Nord. J'ajouterai simplement que Simcoe Nord est une composante intégrale du programme mis sur pied par le gouvernement. D'ailleurs, selon les clauses 2.2, 3.1 et 4.1(a) de l'annexe 3, Simcoe Nord doit, en cas de cessation de ses opérations ou de dissolution, transférer ses biens et ses actifs à une autre SADC approuvée par le ministre : dossier d'appel, vol. VII, page 1935. Cette obligation reflète le fait que Simcoe Nord est un des rouages d'un programme plus vaste, coordonné par Industrie Canada qui contrôle l'approbation de toutes les SADCs : voir la définition de SADC dans le contrat de Simcoe Nord où la notion d'un contrôle des approbations apparaît : dossier d'appel, vol. VII, page 1925.

[71] Le juge a conclu avec raison que le programme est une initiative d'Industrie Canada et qu'il est géré par FedNor. À mon avis, les termes et modalités du programme et de l'entente entre les parties démontrent que Simcoe Nord agit pour le compte du gouvernement dans l'implantation et la mise en œuvre du programme de développement économique régional et communautaire.

[72] Conclure autrement, c'est permettre qu'un programme gouvernemental important, dans une de ses phases capitales, soit sa mise en œuvre, puisse se soustraire à l'emprise de la LLO. C'est vider l'article 25 de son contenu, en aseptiser la lettre et l'esprit et permettre au gouvernement de faire indirectement ce qu'il n'aurait pu faire directement. C'est aussi nier l'égalité réelle de statut et d'usage de la langue de la minorité dans la région concernée.

#### LE RECOURS DU PARAGRAPHE 77(1) DE LA LLO POUR DES MANQUEMENTS ALLÉGUÉS À LA PARTIE VII

[73] Dans l'affaire *Forum des maires*, notre Cour a conclu que le recours prévu au paragraphe 77(1) de la

limited to complaints based on the sections and parts enumerated in that subsection. Now, Part VII was not one of the parts referred to therein. Since then, the OLA has been amended by the *Act to amend the Official Languages Act (Promotion of English and French)*, S.C. 2005, c. 41, to include Part VII in subsection 77(1). As a result, the leave to appeal granted by the Supreme Court of Canada against the decision of this Court became moot. It was therefore withdrawn and declared to be of no effect: *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, [2005] 3 S.C.R. 906.

[74] At the time the appellants made their application, the statutory amendment had not yet been enacted. Moreover, it did not come into force until November 25, 2005, and then without retroactive effect. Therefore, the decision of this Court concerning the language of subsection 77(1), as it stood prior to the amendment, is the one that is applicable in this case: the section 77 application is therefore not available to the appellants for the alleged breaches of Part VII.

#### DATE AT WHICH THE ALLEGED BREACHES OF THE OLA SHOULD BE ASSESSED

[75] At paragraph 43 of his decision, the Judge held that the relevant facts for the purpose of determining whether there was a breach of the OLA provisions “are those in place when the proceedings were filed in October 2004”. He cited in support of his holding *Forum des maires*, a decision of this Court, but without specific reference.

[76] However, at paragraph 53 of that decision, Décary J.A. stated that, for the purposes of the application provided for in section 77 of the OLA, the date of filing of the complaint to the Commissioner of Official Languages is the date that is relevant. He wrote:

What the Agency is really disputing, and this is what its memorandum indicates, is not the merits of the complaint at the time it was filed, in October 1999, but the choice of relief ordered by the Judge in September 2003. As the Agency puts it, the evidence before the Court at the time when the case was reserved in June 2003 established that the deficiencies that

LLO était limité aux plaintes fondées sur les articles et les parties énumérées à ce paragraphe. Or, la partie VII n'était pas une partie qui y était mentionnée. Depuis, la LLO a été modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, L.C. 2005, ch. 41 pour y inclure la partie VII dans le paragraphe 77(1). Il en est résulté que l'autorisation d'appel accordée par la Cour suprême du Canada à l'encontre de la décision de notre Cour est devenue sans objet. Elle fut donc retirée et déclarée sans effet : *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, [2005] 3 R.C.S. 906.

[74] À l'époque du recours intenté par les appelants, la modification législative n'avait pas encore été effectuée. En outre, elle n'est entrée en vigueur que le 25 novembre 2005, sans effet rétroactif. En conséquence, la décision de notre Cour portant sur le texte du paragraphe 77(1), tel qu'il existait avant la modification, est celle qu'il convient d'appliquer en l'espèce : le recours de l'article 77 n'est donc pas ouvert aux appelants pour des manquements allégués à la partie VII.

#### LA DATE À LAQUELLE DEVAIENT S'APPRÉCIER LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE LA LLO

[75] Au paragraphe 43 de sa décision, le juge a statué que les faits pertinents pour fins de déterminer s'il y a eu violation des dispositions de la LLO « sont ceux qui existaient au moment du dépôt de la poursuite en octobre 2004 ». Il a cité à l'appui de sa conclusion l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Forum des maires*, mais sans référence spécifique.

[76] Or, au paragraphe 53 de cette décision, le juge Décary énonce que la date du dépôt de la plainte au commissaire aux langues officielles est, pour les fins du recours de l'article 77 de la LLO, celle qui est pertinente. Il écrit :

Ce que l'Agence conteste, véritablement, et c'est ce qui ressort de son mémoire, n'est pas le bien-fondé de la plainte au moment où elle a été déposée, en octobre 1999, mais le choix de la réparation ordonnée par le juge en septembre 2003. Aux dires de l'Agence, la preuve devant la Cour, au moment où l'affaire a été mise en délibéré en juin 2003,

existed at the time of the complaint had been corrected. And this leads the Agency to conclude that no relief is necessary and that the object of the application is now moot. On this point, the Agency is mistaken about the role of the Judge who hears an application based on section 77 of the Official Languages Act. That role is to decide whether the complaint was justified at the time it was filed, not whether it is justified at the time of the trial. If the Judge decides that the complaint was justified at the time it was filed, he must allow the application and then strive to define “such remedy as [the Court] considers appropriate and just in the circumstances” (subsection 77(4)). Needless to say, if the alleged deficiencies have all been remedied at the time of the trial, and if the complaint is then no longer justified, the Judge may choose not to order any relief, except for example in the form of costs. [Emphasis added.]

[77] The Judge below has indeed acknowledged in the following paragraph that, in 2000, the date on which the complaint was filed, “Industry Canada would clearly have been found in breach of the duty imposed upon it by section 25.” Had it not been for his mistake, he would have allowed the appellants’ subsection 77(1) application, as dictated by *Forum des maires*. This leads me to discuss the appropriate relief in the circumstances.

#### THE APPROPRIATE RELIEF IN THE CIRCUMSTANCES

[78] The Judge said that, in his opinion, at the date of filing of the section 77 application in October 2004, some corrective measures had been taken and he did not have sufficient evidence to find that Part IV of the OLA had not been complied with in connection with the three incidents that were brought to his attention: see paragraphs 44 and 55 of his decision. Although the Judge did not say it in so many words, it is obvious from reading paragraphs 44 to 55 of the decision that he was satisfied that there was sufficient equality in linguistic access within the meaning of the OLA, at that time and when the case was heard, in the services provided by North Simcoe. I am unable to say that this mixed finding of fact and law is without foundation, given the evidence that was before him. It does not appear to me to be so marred by palpable and overriding error in law or in fact as to warrant the intervention of this Court: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235.

établissait que les carences qui existaient au moment de la plainte avaient été corrigées. Ce qui amène l’Agence à conclure qu’aucune réparation n’est nécessaire et que l’objet de la demande est devenu théorique. L’agence, sur ce point, se méprend sur le rôle du juge qui entend une demande fondée sur l’article 77 de la Loi sur les langues officielles. Ce rôle est de décider si la plainte était fondée au moment où elle a été déposée, pas si elle est fondée au moment du procès. Si le juge décide que la plainte était bien fondée au moment où elle a été déposée, il doit accueillir la demande et alors s’employer à définir « la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances » (paragraphe 77(4)). Il va de soi que si les carences reprochées ont toutes été corrigées au moment du procès, et si la plainte n’est alors plus justifiée, le juge pourra choisir de n’ordonner aucune réparation, si ce n’est, par exemple, que sous forme de dépens. [Je souligne.]

[77] Le juge a d’ailleurs reconnu au paragraphe suivant qu’en l’an 2000, date où la plainte fut portée, « on aurait clairement pu considérer qu’Industrie Canada avait manqué à l’obligation imposée par l’article 25 ». N’eût été de sa méprise, il aurait alors accueilli le recours des appelants fondé sur le paragraphe 77(1) comme le commande l’arrêt *Forum des maires*. Ceci m’amène à discuter du remède approprié dans les circonstances.

#### LE REMÈDE APPROPRIÉ DANS LES CIRCUMSTANCES

[78] Le juge s’est dit d’avis qu’à la date du dépôt du recours sous l’article 77 en octobre 2004, des correctifs avaient été apportés et qu’il ne disposait pas d’une preuve suffisante pour conclure que la partie IV de la LLO n’avait pas été respectée lors de trois incidents qu’on a portés à son attention : voir les paragraphes 44 et 55 de sa décision. Même si le juge ne l’a pas dit en ces termes, il est évident à la lecture des paragraphes 44 à 55 de la décision qu’il était satisfait qu’une égalité d’accès linguistique, suffisante au sens de la LLO, existait à ce moment-là et lors de l’audition du recours dans les services offerts par Simcoe Nord. Je ne peux dire que cette conclusion mixte de fait et de droit est sans fondement compte tenu de la preuve dont il disposait. Elle ne me paraît pas entachée d’une erreur de droit ou de fait manifeste et dominante qui justifierait l’intervention de notre Cour : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

[79] Accordingly, in the light of *Forum des maires*, the Judge could not, in the exercise of his discretion, grant any of the relief sought by the appellants, with the exception of costs, which I will now address.

#### APPELLANTS' ENTITLEMENT TO COSTS ON THE FEDERAL COURT PROCEEDING

[80] At the conclusion of his decision, the Judge considered the issue of costs and ruled that there was no reason to award them. He wrote in the final paragraph of his reasons:

The application shall be dismissed. I do not consider it appropriate to order costs. Although the applicants did not obtain the result they sought, they did convince me that Industry Canada was statutorily obliged, under section 25 of the *Official Languages Act*, to see to it that North Simcoe provided equal service in French and in English.

[81] He did not refer to section 81 of the OLA or discuss the possibility that under that provision the costs could be awarded to the appellants although they had been unsuccessful.

[82] The Judge should have allowed the appellants' application since, as previously mentioned, it was well founded at the time when the complaint was made in 2000: see paragraph 53, quoted above, from *Forum des maires*. He had the power to award costs to the appellants as relief, since the complaint was no longer warranted at the time of the proceeding and the hearing. He did not exercise it as a result of his mistake as to the time when the facts in support of the allegations of a breach of the OLA were to be assessed.

[83] In the circumstances, I do not think it is useful or necessary to return the matter to him for determination of this issue. Since a section 77 application was appropriately filed and the application must be allowed, I am of the view that the appellants are entitled to their costs, especially since they have prevailed on an important point, the application of section 25 of the OLA to the activities of North Simcoe exercised in the context of the Department's Communities Futures Program.

[79] En conséquence, suivant l'arrêt *Forum des maires*, le juge pouvait, dans l'exercice de sa discrétion, n'accorder aucun des remèdes demandés par les appelants, à l'exception de la question des dépens que j'aborde maintenant.

#### LE DROIT DES APPELANTS AUX DÉPENS SUR LE RECOURS INTENTÉ EN COUR FÉDÉRALE

[80] Au terme de sa décision, le juge s'est penché sur la question des dépens et a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'en accorder. C'est en ces termes qu'il s'est exprimé au dernier paragraphe de ses motifs :

La demande doit être rejetée. À mon avis, il ne convient pas de rendre une ordonnance concernant les dépens. Malgré le fait que les demandeurs n'ont pas reçu leur résultat désiré, ils m'ont tout de même convaincu qu'Industrie Canada avait une obligation statutaire, en vertu de l'article 25 de la *Loi sur les langues officielles*, de s'assurer que la SADC de Simcoe Nord fournissait des services égaux en français et en anglais.

[81] Il n'a ni fait mention de l'article 81 de la LLO, ni discuté de la possibilité qu'en vertu de cet article, les dépens puissent être octroyés aux appelants, malgré qu'il les déboutait de leur recours.

[82] Le juge aurait dû accueillir la demande des appelants puisque, tel que préalablement mentionné, elle était bien fondée au moment où la plainte fut faite en 2000 : voir le paragraphe 53, ci-auparavant reproduit, de la décision dans *Forum des maires*. Il jouissait du pouvoir d'octroyer aux appelants des dépens à titre de réparation puisque la plainte n'était plus fondée lors de la poursuite et de l'audition. Il ne l'a pas exercé par suite de sa méprise quant au moment où devaient s'apprécier les faits au soutien des allégations de violation de la LLO.

[83] Dans les circonstances, je ne crois pas qu'il soit utile ou nécessaire de lui retourner le dossier pour décider de la question. Le recours sous l'article 77 étant bien fondé et la demande devant être accueillie, je crois que les appelants ont droit à leurs dépens, d'autant plus qu'ils ont eu gain de cause sur un point important, soit l'application de l'article 25 de la LLO aux activités de Simcoe Nord exercées dans le cadre du Programme de développement des collectivités du Ministère.

## CONCLUSION

[84] For these reasons, I am of the opinion that the appeal from the judgment of the Federal Court should be allowed for the purposes of correcting the formal judgment. Therefore, I would allow the appeal with costs and set aside his order dated July 15, 2005. Proceeding to deliver the judgment that the Judge should have made, I would substitute another order by which I would allow with costs the appellants' application made under subsection 77(1) of the OLA. I would not allow any further relief than the costs, given the remedial measures that have been taken.

RICHARD C.J.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

## CONCLUSION

[84] Pour les motifs exprimés, je suis d'avis d'accueillir l'appel du jugement de la Cour fédérale aux fins d'en corriger le dispositif. En conséquence, j'accueillerais l'appel avec dépens et j'annulerais son ordonnance du 15 juillet 2005. Procédant à rendre le jugement que le juge aurait dû rendre, je substituerai une autre ordonnance par laquelle j'accueillerais avec dépens la demande des appelants faite sous le paragraphe 77(1) de la LLO. Je n'accorderais aucune autre réparation que les dépens, étant donné les correctifs apportés.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je suis d'accord.

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

A-551-05  
2006 FCA 325

A-551-05  
2006 CAF 325

**The Minister of National Revenue** (*Appellant/Respondent by Cross-Appeal*) (*Respondent*)

**Le ministre du Revenu national** (*appelant/intimé dans l'appel incident*) (*défendeur*)

v.

c.

**Redeemer Foundation** (*Respondent/Appellant by Cross-Appeal*) (*Applicant*)

**La Fondation Redeemer** (*intimée/appelante dans l'appel incident*) (*demanderesse*)

**INDEXED AS: REDEEMER FOUNDATION v. M.N.R. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : FONDATION REDEEMER c. M.R.N. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Sharlow and Pelletier J.J.A.—Ottawa, September 13 and October 10, 2006.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Sharlow et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 13 septembre et 10 octobre 2006.

*Income Tax — Practice — Appeal from Federal Court decision declaring appellant's acquisition of list of donors from respondent unlawful as judicial authorization not obtained pursuant to Income Tax Act, s. 231.2(2) — Income Tax Act, ss. 230 (requirement to keep records and books), 231.1 (inspections), authorizing appellant to demand, obtain list of donors without court authorization — Fact Act, s. 231.2(2) making specific reference to unnamed persons not taking appellant's request outside operation of ss. 230, 231.1 — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a déclaré que l'appelant a obtenu illégalement une liste de donateurs de l'intimée parce qu'il n'a pas demandé l'autorisation d'un juge en vertu de l'art. 231.2(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Les art. 230 (obligation de tenir des registres et des livres de comptes) et 231.1 (Enquêtes) de la Loi de l'impôt sur le revenu permettent à l'appelant de demander et d'obtenir une liste de donateurs sans autorisation judiciaire — Le fait que l'art. 231.2(2) de la Loi fasse expressément mention de personnes non désignées nommément n'exclut pas la demande de l'appelant de l'application des art. 230 et 231.1 — Appel accueilli; appel incident rejeté.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the respondent's application for judicial review and declaring that the acquisition by the appellant (or the Canada Revenue Agency acting on his behalf) of a list of donors from the respondent was unlawful because since the information sought was with respect to unnamed persons, the appellant was bound to obtain judicial authorization pursuant to subsection 231.2(2) of the *Income Tax Act*. The appellant was allowed to retain the material obtained that was required for the purposes of its audit of the respondent, and that part of the judgment was cross-appealed by the respondent.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et a déclaré que l'appelant (ou l'Agence du revenu du Canada qui agissait en son nom) a obtenu illégalement une liste de donateurs de l'intimée, précisant que comme les renseignements demandés se rapportaient à des personnes non désignées nommément, l'appelant était tenu d'obtenir l'autorisation d'un juge en vertu du paragraphe 231.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'appelant a pu conserver les renseignements obtenus qui étaient nécessaires à la vérification de l'intimée, et cette dernière a interjeté un appel incident à l'encontre de cette partie du jugement.

The appellant was concerned that many of the donations made to the respondent did not qualify as gifts. Several audits were conducted, after which the appellant requested, and received, certain information including a list of donors. In light of this information, the appellant found that there may be grounds to revoke the respondent's status as a registered charity. The appellant's subsequent requests for donor lists were refused. Following this refusal, notices of reassessment

L'appelant croyait que dans bon nombre de cas, les dons versés à l'intimée n'étaient pas admissibles à titre de dons. Plusieurs vérifications ont été effectuées et l'appelant a demandé et reçu certains renseignements après celles-ci, notamment une liste de donateurs. À la lumière de ces renseignements, l'appelant a conclu qu'il pouvait être justifié de révoquer le statut d'organisme de bienfaisance enregistré de l'intimée. Celle-ci a refusé de fournir les listes de donateurs

were issued to certain donors disallowing their deductions in respect of their donations to the respondent. The respondent sought judicial review of the decision to request third party donor information and documentation (i.e. the donor lists) from it, and that application led to the Federal Court order now under appeal.

*Held*, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

The respondent was required pursuant to section 230(2) of the Act to maintain records to enable the appellant to ascertain if there were grounds to revoke its registration as a charity, and to verify that the donations that were made to it were eligible for deductions. The appellant could access this information pursuant to his audit power set out in section 231.1, which entitled him to examine all the books and records of the respondent. No principle required the appellant to obtain a court order before asking for the respondent's assistance in obtaining this information. The fact that subsection 231.2(2) makes specific reference to unnamed persons did not take the appellant's request outside the operation of sections 230 and 231.1. *M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, which refers to the necessity of a court authorization when the privacy of individuals is at play, was distinguished. When a charity issues a tax receipt, it loses the right to exclude the appellant from inquiring into the circumstances of the gift to determine if it is eligible for deduction. Likewise, when a taxpayer claims a deduction on the basis of a donation, he or she loses the right to exclude an inquiry by the appellant into the circumstances of the donation for the purpose of verifying whether the donation qualifies for the deduction claimed.

For these reasons, the appellant's request for the list of donors and the subsequent use of this list to reassess donors whose contributions were not eligible for donation receipts was lawful. This conclusion effectively disposed of the cross-appeal.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26).

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 230 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 105; 1998, c. 19, s. 227), (3), 231.1, 231.2 (1) (as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 176), (2), 231.7 (as enacted by S.C. 2001, c. 17, s. 183), 238(1),

que l'appelant lui a demandées par la suite. Par suite de ces refus, des avis de nouvelle cotisation ont été envoyés à certains donateurs refusant les déductions relatives aux dons versés à l'intimée. Cette dernière a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision de lui réclamer des renseignements et de la documentation (c.-à-d. les listes de donateurs), et cette demande a donné lieu à l'ordonnance de la Cour fédérale qui est visée par le présent appel.

*Jugement* : l'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

En vertu du paragraphe 230(2) de la Loi, l'intimée devait tenir des registres pour permettre à l'appelant d'établir s'il existait des motifs d'annulation de son enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance et de vérifier si les dons qui lui ont été faits donnaient droit à une déduction. L'appelant pouvait avoir accès à ces renseignements en vertu de son pouvoir de vérification énoncé à l'article 231.1, qui lui permet d'examiner tous les livres et registres de l'intimée. Aucun principe n'obligeait l'appelant à solliciter une ordonnance judiciaire avant de demander l'aide de l'intimée pour obtenir ces renseignements. Le fait que le paragraphe 231.2(2) fasse expressément mention des personnes non désignées nommément ne permettait pas d'exclure la demande de l'appelant de l'application des articles 230 et 231.1. L'affaire *M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, qui porte sur la nécessité d'obtenir une autorisation judiciaire lorsque la vie privée des particuliers entre en ligne de compte, a été différenciée. Lorsqu'un organisme de bienfaisance délivre un reçu, il perd le droit d'empêcher l'appelant d'enquêter sur les circonstances du don pour déterminer s'il donne droit à une déduction. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un contribuable demande une déduction sur la foi d'un reçu de don, il perd le droit d'empêcher l'appelant d'enquêter sur les circonstances du don pour vérifier si le don donne droit à la déduction demandée.

Pour ces motifs, la demande de l'appelant en vue d'obtenir la liste des donateurs et l'utilisation subséquente de cette liste pour établir de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs pour lesquels la contribution ne donnait pas droit à un reçu de don était légitime. Cette conclusion rejetait effectivement l'appel incident.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 230 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 105; 1998, ch. 19, art. 227), (3), 231.1, 231.2(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 176), (2), 231.7 (édicte par L.C. 2001, ch. 17, art. 183), 238(1), 248(1) « contribuables ».

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3) (édicte par

248(1) "taxpayer".  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 3501(1)(g).

L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26).  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 3501(1)(g).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385.

##### DISTINGUISHED:

*M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 F.C. 44; [1995] 2 C.T.C. 140; (1995), 95 DTC 5358 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Artistic Ideas Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, [2005] 2 C.T.C. 25; 2005 DTC 5165; 330 N.R. 378; 2005 FCA 68; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court ([2006] 1 F.C.R. 416; [2006] 1 C.T.C. 7; 2005 DTC 5617; 281 F.T.R. 143; 2005 FC 1361) allowing the respondent's application for judicial review and declaring that the appellant's acquisition of a list of donors from the respondent was unlawful as no judicial authorization had been obtained pursuant to subsection 231.2(2) of the *Income Tax Act*. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

##### APPEARANCES:

*Peter A. Vita, Q.C.* and *Aleksandrs Zemdegis* for appellant.  
*Jacqueline L. King* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Miller Thomson LLP*, Toronto, for respondent.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Artistic Ideas Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2005 CAF 68; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

APPEL et APPEL INCIDENT de la décision ([2006] 1 R.C.F. 416; 2005 CF 1361) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et a déclaré que l'appelant a obtenu illégalement une liste de donateurs de l'intimée parce qu'il n'a pas demandé l'autorisation d'un juge en vertu du paragraphe 231.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel accueilli; appel incident rejeté.

##### ONT COMPARU :

*Peter A. Vita, c.r.* et *Aleksandrs Zemdegis* pour l'appelant.  
*Jacqueline L. King* pour l'intimée.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Miller Thomson LLP*, Toronto, pour l'intimée.

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

PELLETIER J.A.:

## INTRODUCTION

[1] The issue in this appeal is the extent to which the Minister (or the Canada Revenue Agency (CRA) acting on his behalf) must resort to the procedure set out in subsection 231.2(2) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.) c. 1 (the Act) when seeking information about unnamed persons from a taxpayer in the course of an audit. In this case, a CRA auditor asked an official of the Redeemer Foundation (the Foundation), for a list of donors. The Foundation complied with the request but subsequently brought an application in the Federal Court for judicial review of the auditor's decision to request the information on the ground that, since the information sought was with respect to unnamed persons, the Minister was bound to obtain prior judicial authorization pursuant to subsection 231.2(2) of the Act before making the request.

[2] The application for judicial review was allowed in a decision reported at [2006] 1 F.C.R. 416 (F.C.) (reasons for order). The application Judge declared that the acquisition of the information by the CRA was unlawful and ordered the CRA to return the material obtained to the Foundation except to the extent that it was required for the purposes of the Minister's audit of the Foundation. In addition, the Judge ordered the Minister to vacate any reassessments of the tax liability of any of the Foundation's donors resulting from the use of the unlawfully obtained information.

[3] The Minister appeals with respect to the lawfulness of the demand and the order to vacate the reassessments while the Foundation cross-appeals from the order permitting the Minister to retain what it considers to be unlawfully acquired information for purposes of conducting an audit of the Foundation.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A.:

## INTRODUCTION

[1] La question dans le présent appel est de savoir dans quelle mesure le ministre (ou l'Agence du revenu du Canada (ARC) qui agit en son nom) doit recourir à la procédure énoncée au paragraphe 231.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi), pour exiger d'un contribuable, au cours d'une vérification, des renseignements concernant des personnes non désignées nommément. En l'espèce, un vérificateur de l'ARC a demandé à un représentant de la Fondation Redeemer (la Fondation) qu'il lui fournisse une liste de donateurs. La Fondation a acquiescé à cette demande, mais elle a subséquemment présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision du vérificateur de demander ces renseignements, en invoquant que, comme les renseignements demandés se rapportaient à des personnes non désignées nommément, le ministre était tenu d'obtenir au préalable l'autorisation d'un juge, en vertu du paragraphe 231.2(2) de la Loi, avant de les demander.

[2] La demande de contrôle judiciaire a été accueillie dans une décision répertoriée à [2006] 1 R.C.F. 416 (C.F.) (motifs de l'ordonnance). Le juge de première instance a déclaré que l'ARC avait obtenu les renseignements illégalement et il a ordonné que les documents obtenus de la Fondation lui soient retournés, à l'exception de ceux qui étaient nécessaires à la vérification la visant. De plus, le juge a ordonné au ministre d'annuler les nouvelles cotisations fiscales établies à l'endroit des donateurs de la Fondation sur la foi des renseignements obtenus illégalement.

[3] Le ministre porte en appel la décision concernant l'illégalité de la demande et l'ordonnance annulant les nouvelles cotisations, tandis que la Fondation interjette un appel incident à l'encontre de l'ordonnance autorisant le ministre à conserver les renseignements nécessaires à la réalisation de la vérification la visant, qu'elle considère comme ayant été obtenus illégalement.

[4] I have concluded that the application Judge erred in his assessment of the scope of subsection 231.2(2) of the Act. For the reasons set out below, his order should be set aside and the respondent's application for judicial review should be dismissed. My conclusion with respect to the appeal effectively disposes of the cross-appeal. It too should be dismissed.

## FACTS

[5] The Foundation, a registered charity, is affiliated with Redeemer University College (the College). Since 1987, the Foundation has operated the Forgivable Loan Program (FLP) for students at the College. It is not necessary for the purposes of this appeal to adjudicate on the exact method of operation of the FLP, a question which may very well be the subject of future litigation in the Tax Court of Canada. For present purposes, all that need be said is that the Minister believes that, in many cases, donations to the Foundation do not qualify as "gifts" because they are made in the expectation that they will be used to fund a forgivable loan to a person related to the donor. If the Minister is right, such donations would not be eligible for a donation receipt nor for a deduction in the hands of the donor.

[6] In October 1998, the College and the Foundation were audited with respect to the 1997 taxation year. At the conclusion of that audit, CRA raised a number of concerns with the Foundation, one of which was the Foundation's practice of apparently providing donation receipts for donations which benefited the donor's children. The audit also raised concerns about the Foundation's inability to produce the transmittal forms which recorded the identity of the donor and the name of the student who was to receive "acknowledgement" for the donation, which I take to mean, to receive credit for the donation. In its post-audit report to the College and to the Foundation, the CRA warned that it would consider disallowing parents' charitable deductions if these practices did not cease (appeal book, Tab 11-C, at page 172).

[4] J'ai conclu que le juge de première instance a fait erreur dans son analyse de la portée du paragraphe 231.2(2) de la Loi. Pour les motifs exposés ci-dessous, son ordonnance devrait être annulée et la demande de contrôle judiciaire de l'intimée devrait être rejetée. Ma conclusion concernant l'appel principal tranche du même coup l'appel incident, lequel devrait également être rejeté.

## EXPOSÉ DES FAITS

[5] La Fondation est un organisme de bienfaisance associé au Collège universitaire Redeemer (le Collège). Depuis 1987, la Fondation gère le Programme des prêts à remboursement conditionnel (PPRC) pour les étudiants du collège. Nul besoin dans le cadre du présent appel de se prononcer sur la méthode exacte de fonctionnement du PPRC, une question qui pourrait très bien être débattue devant la Cour canadienne de l'impôt dans une procédure à venir. Pour les besoins du présent appel, il suffit de dire que le ministre croit que, dans bon nombre de cas, les dons versés à la Fondation ne sont pas admissibles à titre de « dons » parce qu'ils sont faits dans l'expectative qu'ils serviront à financer un prêt à remboursement conditionnel accordé à une personne ayant un lien avec le donateur. Si le ministre a raison, pareils dons ne donnent pas droit à un reçu de don ni à une déduction au bénéfice du donateur.

[6] En octobre 1998, le Collège et la Fondation ont fait l'objet d'une vérification à l'égard de l'année d'imposition 1997. À l'issue de cette vérification, l'ARC avait certaines préoccupations concernant la Fondation, notamment quant au fait qu'elle avait pour pratique apparemment de donner des reçus pour des dons qui profitaient aux enfants des donateurs. La vérification a également soulevé des préoccupations quant au fait que la Fondation n'avait pu produire de formulaires de transmission qui permettaient d'établir l'identité du donateur et le nom de l'étudiant qui devait recevoir « attestation » du don, que j'interprète comme signifiant un crédit pour le don. Dans le rapport qui a fait suite à la vérification, l'ARC a avisé le Collège et la Fondation qu'elle avait l'intention de refuser d'accorder aux parents les déductions pour don de bienfaisance si ces pratiques ne cessaient pas (voir le dossier d'appel, onglet 11-C, à la page 172).

[7] The Foundation was audited again in 2001, this time in respect of the 1998, 1999 and 2000 taxation years. In the course of that audit, the CRA was advised that the transmittal forms for those years had not been preserved. As a result, in August 2001, the CRA served the Foundation with a requirement under subsection 230(3) of the Act requiring it to maintain proper records, including the transmittal forms. However, in the absence of the transmittal forms, the CRA was unable to pursue its investigation into the links between donors and students for those taxation years.

[8] A further audit followed in 2003 in relation to the 2001 and 2002 taxation years. In the course of that audit, in May 2003, the CRA's representative made an oral request of the Foundation's Executive Director for certain information including a list of donors. The information was provided as requested one week later.

[9] At the conclusion of the audit, the CRA advised the Foundation of its findings (appeal book, Tab 12-A, at pages 8-9):

In our review of the Transmittal Forms, a list of donors and the list of students receiving the forgivable loans, we found that in the majority of cases the students solicited funds for the FLP from their own parents. The students then received 90% of the parents' gifts under the FLP to pay for their tuition and related costs. The parents receive a charitable donation receipt for income tax purposes for 100% of the gift amount and their child-student receives a tuition receipt for the applicable portion of their loan . . .

For the reasons listed above, there may be grounds to revoke the organization's status as a registered charity.

[10] At a meeting held in June 2004 with officials of the Foundation to discuss the audit results, a CRA representative requested donor lists for the 2002 and 2003 taxation years. This time, the Foundation refused to provide the information, alleging that it had been advised that it would be inappropriate for it to release

[7] La Fondation a fait l'objet d'une autre vérification en 2001, cette fois à l'égard des années d'imposition 1998, 1999 et 2000. Au cours de cette vérification, l'ARC a été avisée que les formulaires de transmission relatifs à ces années n'avaient pas été conservés. Par conséquent, en août 2001, l'ARC a signifié à la Fondation une demande péremptoire, en vertu du paragraphe 230(3) de la Loi, l'enjoignant de tenir des registres appropriés, y compris les formulaires de transmission. Toutefois, en l'absence de ces formulaires, l'ARC n'était pas en mesure de poursuivre son enquête sur les liens entre les donateurs et les étudiants pour ces années d'imposition.

[8] En 2003, une autre vérification a eu lieu à l'égard des années d'imposition 2001 et 2002. Au cours de cette vérification, en mai 2003, le représentant de l'ARC a demandé de vive voix au directeur général de la Fondation certains renseignements dont une liste de donateurs. Les renseignements ont été fournis, tel qu'il avait été demandé, une semaine plus tard.

[9] À l'issue de la vérification, l'ARC a transmis à la Fondation ses conclusions rédigées dans les termes suivants (dossier d'appel, onglet 12-A, aux pages 8 et 9) :

[TRADUCTION] L'examen des formulaires de transmission, d'une liste de donateurs et de la liste des étudiants bénéficiaires d'un prêt à remboursement conditionnel nous a permis d'établir que, dans la majorité des cas, les étudiants ont fait une demande, dans le cadre du PPRC, en vue d'obtenir des fonds de leurs propres parents. Les étudiants recevaient ensuite 90 p. 100 du don des parents en vertu du PPRC pour payer leurs frais de scolarité et les frais connexes. Les parents reçoivent un reçu pour don de bienfaisance aux fins de l'impôt sur le revenu pour 100 p. 100 du montant versé en don et leur enfant aux études reçoit un reçu de frais de scolarité pour la partie du prêt applicable [ . . . ]

Eu égard aux motifs énumérés précédemment, il peut être justifié de révoquer le statut d'organisme de bienfaisance enregistré de la Fondation.

[10] En juin 2004, lors d'une rencontre avec les représentants de la Fondation pour discuter des résultats de la vérification, un fonctionnaire de l'ARC a demandé des listes de donateurs pour les années d'imposition 2002 et 2003. Cette fois, la Fondation a refusé de les fournir, alléguant qu'elle avait été avisée qu'il serait

that information without a court order requiring it to do so.

[11] In November 2004, CRA began advising certain donors of its intention to disallow their deduction in respect of their donation to the Foundation. Discussions between representatives of the donors and the CRA followed but when the donors' representative advised that the donors would not waive the normal reassessment period, the Minister issued notices of reassessment to donors within the normal reassessment period for the taxation years in question.

[12] On September 28, 2005, the Foundation made an application for judicial review of the decision "to request third party donor information and documentation from the applicant . . . purportedly pursuant to subsections 231.1(1) and 231.2(1) . . . of the *Income Tax Act*" (reasons for order, at paragraph 1).

[13] Subsections 231.2(1) [as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 176] and (2) provide as follows:

**231.2(1)** Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a "third party") a requirement under subsection (1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection (3).

#### THE DECISION UNDER APPEAL

[14] After setting out the facts, the relevant legislation and the parties' submissions, the application Judge

inapproprié qu'elle divulgue les renseignements demandés sans ordonnance de la Cour l'enjoignant de le faire.

[11] En novembre 2004, l'ARC a commencé à aviser certains donateurs de son intention de refuser les déductions relatives aux dons versés à la Fondation. Des discussions entre les donateurs et l'ARC ont suivi mais, lorsque le représentant des donateurs a donné avis que les donateurs ne renonceraient pas à la période normale de nouvelle cotisation, le ministre leur a envoyé des avis de nouvelle cotisation durant la période normale de nouvelle cotisation pour les années d'imposition en question.

[12] Le 28 septembre 2005, la Fondation a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision « de réclamer [. . .] à la demanderesse des renseignements et de la documentation sur les donateurs tiers, présumément en vertu des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) [. . .] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (voir les motifs de l'ordonnance, au paragraphe 1).

[13] Les paragraphes 231.2(1) [mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 176] et (2) prévoient ce qui suit :

**231.2(1)** Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque—appelé « tiers » au présent article—la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

#### LA DÉCISION PORTÉE EN APPEL

[14] Après avoir décrit les faits, les dispositions pertinentes et les observations des parties, le juge de

referred to the decision of this Court in *Artistic Ideas Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, [2005] 2 C.T.C. 25. In that case, the CCRA (as it then was) invoked subsection 231.2(1) when serving an art brokerage with a requirement to produce a list of its customers. The CCRA was investigating a scheme in which the brokerage's clients purchased art from artists represented by the brokerage and donated it to public institutions in return for a donation receipt. The brokerage provided the institutions with an appraisal of the value of the art for purposes of the donation receipt in which the paintings were valued at an amount far in excess of the price paid to the artist. The CCRA did not obtain the prior judicial authorization required by subsection 231.2(2) before serving the requirement on the art brokerage. This Court decided that since the brokerage's customers were the subject of the investigation, the CCRA was required to obtain prior judicial authorization before serving the requirement.

[15] The application Judge noted that the CRA used the information provided by the Foundation to contact and to reassess donors with respect to their claim for a deduction. The relevance of this observation is in its implicit conclusion that the donors were themselves the subject of an investigation and that prior judicial authorization was required, as though a demand had been made in writing pursuant to subsection 231.2(1).

[16] The application Judge then asked himself whether the result should be different because the request for information was made orally rather than in writing. He answered his rhetorical question by referring to *M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 F.C. 44 (T.D.) (*Sand Exploration Ltd.*), at page 53 where it was observed that “[i]ntrusion into the privacy of individuals is always a sensitive matter, especially when the third parties, who themselves may have valid reasons for not wanting to disclose, are required to provide the information.”

[17] The application Judge concluded that while section 231.2 [as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 58; 2000, c.

première instance s’est appuyé sur la décision de la Cour dans *Artistic Ideas Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2005 CAF 68. Dans cette affaire, l’ADRC (aujourd’hui, l’ARC) a invoqué le paragraphe 231.2(1) pour signifier à un courtier en œuvres d’art une demande péremptoire de production d’une liste de ses clients. L’ADRC faisait enquête sur une manœuvre frauduleuse suivant laquelle les clients du courtier achetaient des œuvres d’art d’artistes représentés par le courtier et en faisaient don à des institutions publiques en échange d’un reçu de don. Le courtier donnait aux institutions une appréciation de la valeur de l’œuvre, pour les besoins du reçu de don, qu’il évaluait à un montant qui excédait de beaucoup le prix payé à l’artiste. L’ADRC n’avait pas obtenu l’autorisation préalable d’un juge, comme le prévoit le paragraphe 231.2(2), avant de faire signifier la demande péremptoire au courtier en œuvres d’art. La Cour a jugé que, puisque les clients du courtier faisaient l’objet de l’enquête, l’ADRC était tenue d’obtenir l’autorisation d’un juge avant de faire signifier la demande péremptoire.

[15] Le juge de première instance a remarqué que l’ARC avait utilisé les renseignements fournis par la Fondation pour joindre les donateurs et réexaminer leur demande de déduction. La pertinence de cette observation réside dans sa conclusion implicite voulant que les donateurs fassent eux-mêmes l’objet d’une enquête et que l’autorisation judiciaire préalable soit nécessaire, comme si une demande avait été faite par écrit en vertu du paragraphe 231.2(1).

[16] Le juge de première instance s’est ensuite demandé si le résultat devait être différent parce que la demande de renseignements a été faite verbalement au lieu de l’être par écrit. Il a tranché cette question de pure forme en invoquant la décision *M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.) (*Sand Exploration Ltd.*), à la page 53, dans laquelle il a été mentionné que : « [u]ne atteinte à la vie privée des personnes est toujours une question délicate, spécialement lorsque des tiers, qui peuvent eux-mêmes avoir des raisons valables pour ne pas vouloir communiquer certains renseignements, sont forcés de les communiquer ».

[17] Le juge de première instance a conclu que l’article 231.2 [mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 58;

30, s. 176] of the Act provides that the Minister may require a third party to provide information about unnamed persons by serving a requirement on the third party, the need for prior authorization cannot be limited to the case of written requirements: “[t]o [hold] otherwise would encourage the Minister’s officials and agents to attempt by other means to secure the information whether by friendly means, subterfuge or guile and prey upon the innocence, inadvertence or mistake of one taxpayer in order to secure otherwise unavailable information about another” (reasons for order, at paragraph 14).

[18] The application Judge concluded that it was wrong for the CRA to use information obtained from the audit of one taxpayer for the purpose of reassessing other taxpayers.

[19] The application Judge then rejected the appellant’s argument that the Foundation lacked standing to bring its application for judicial review. It is clear that the Foundation, as the entity which was required to provide the information, has an interest in, and is affected by, the decision or act under review. Nothing further need be said about this issue.

[20] The last matter considered by the application Judge was the question of remedies, specifically whether the Federal Court had the jurisdiction to set aside an assessment or reassessment as to the tax liability of a taxpayer under the *Income Tax Act*, a power which appears to be reserved to the Tax Court of Canada. The application Judge concluded that the power to set aside an unlawful act or decision, which is conferred upon the Federal Court by subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. 7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], includes the power to set aside acts consequent upon the unlawful act. Having found that the request for the information as to the donors was itself unlawful, the application Judge held that the Federal Court had the power to set aside assessments founded upon that unlawful act.

2000, ch. 30, art. 176] de la Loi prévoit que le ministre peut exiger d’un tiers qu’il fournisse des renseignements concernant des personnes non désignées nommément, en lui faisant signifier une demande péremptoire. L’obligation d’obtenir au préalable l’autorisation ne saurait se limiter aux cas d’avis écrit : « [s]’il en était autrement, cela inciterait les fonctionnaires et les agents du ministre à tenter par d’autres moyens, notamment en employant la manière douce, le subterfuge ou la ruse ou en profitant de l’innocence, de l’étourderie ou d’une erreur d’un contribuable, d’obtenir des renseignements par ailleurs non disponibles au sujet d’un tiers » (voir les motifs de l’ordonnance, au paragraphe 14).

[18] Le juge de première instance a conclu qu’il était inapproprié pour l’ARC d’utiliser les renseignements obtenus au cours de la vérification d’un contribuable en vue d’établir une nouvelle cotisation à l’égard d’autres contribuables.

[19] Le juge de première instance a ensuite rejeté l’argument de l’appelant selon lequel la Fondation n’avait pas qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire. Il ne fait aucun doute que la Fondation, en tant qu’entité de laquelle on a exigé qu’elle fournisse les renseignements, est une partie intéressée et directement touchée par la décision ou la loi à l’étude. Il n’y a rien à ajouter au sujet de cette question.

[20] La dernière question examinée par le juge de première instance était la question de la réparation, à savoir plus particulièrement si la Cour fédérale avait la compétence d’annuler une cotisation ou une nouvelle cotisation établie pour l’impôt à payer par le contribuable en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, un pouvoir qui semble être réservé à la Cour canadienne de l’impôt. Le juge de première instance a conclu que le pouvoir d’annuler une décision ou un acte illégal, que le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. 7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], confère à la Cour fédérale, comprend le pouvoir d’annuler des actes commis à la suite de l’acte illégal. Après avoir conclu que la demande de renseignements sur les donateurs était en soi illégale, le juge de première instance a estimé que la Cour fédérale avait le pouvoir

[21] As a result, the application Judge allowed the application for judicial review, declared that the request for information as to donors other than for purposes of auditing the Foundation was unlawful and ordered the Minister to return (or to destroy) all documents and other information provided as a result of the unlawful request. The Judge made an order restraining the Minister from using the information obtained pursuant to the unlawful request for any purpose relating to parties other than the Foundation. Finally, the Judge ordered the Minister to vacate all reassessments and proposals to reassess in respect of any donor whose identity became known to the Minister as a result of the unlawful request.

## ARGUMENTS AND ANALYSIS

### Standard of review

[22] The Foundation argues that the standard of review to be applied to the decision of the application Judge is that applicable to a question of mixed fact and law. Relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), the Foundation says that this Court is not entitled to intervene except in the case of a palpable and overriding error, unless it is dealing with an extricable error of law.

[23] This is an appeal from a judicial review of an executive action. The posture which this Court is to adopt is set out in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, in which the Supreme Court held that the role of a court of appeal in these circumstances is to ensure that the application judge identified the right standard and applied it correctly. In this case, the application Judge briefly touched upon the question of standard of review and effectively concluded that the appropriate standard was correctness.

[24] I agree that the standard of review is correctness. The question in issue here is one of statutory

d'annuler les cotisations établies à la suite de cet acte illégal.

[21] Par conséquent, le juge de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire, déclaré que la demande en vue d'obtenir des renseignements sur les donateurs, autres que ceux nécessaires à la vérification de la Fondation, était illégale et ordonné au ministre qu'il retourne (ou détruise) tous les documents et les autres renseignements fournis en réponse à la demande illégale. Le juge a prononcé une ordonnance enjoignant au ministre de ne pas utiliser les renseignements obtenus en réponse à la demande illégale dans toute matière visant des parties autres que la Fondation. Finalement, le juge a ordonné au ministre d'annuler toutes les nouvelles cotisations et les propositions de nouvelle cotisation concernant les donateurs dont l'identité lui a été dévoilée à la suite de la demande illégale.

## ARGUMENTATION ET ANALYSE

### Norme de contrôle

[22] La Fondation allègue que la norme de contrôle applicable à la décision de contrôle judiciaire est celle applicable à une question mixte de fait et de droit. S'appuyant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), la Fondation dit que la Cour n'est pas autorisée à intervenir, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante, à moins qu'elle ne soit en présence d'une erreur de droit isolable.

[23] Le présent appel porte sur le contrôle judiciaire d'une décision administrative. La position que la Cour doit adopter est exposée dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, dans lequel la Cour suprême a jugé que le rôle d'une cour d'appel, en pareil cas, est de s'assurer que le juge de première instance a choisi la norme de contrôle appropriée et qu'il l'a appliquée correctement. Dans la présente affaire, le juge de première instance a abordé brièvement la question de la norme de contrôle et a conclu que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte.

[24] Je conviens que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La question qui se pose

interpretation, a matter in which the CRA has no relative expertise *vis-à-vis* the courts.

#### The scheme of the Act

[25] The Foundation's argument is based upon its view of the intent of subsection 231.2(2) of the Act. The difficulty is that section 231.2 is but one of several provisions which authorize the Minister to demand and to obtain information "for any purpose related to the administration or enforcement of this Act." The Foundation, as did the application Judge, assumes that section 231.2 is the appropriate disposition because of its reference to unnamed persons. It must be said, in fairness to the application Judge, that the respondent did not put before him all of the relevant provisions. In any event, the Foundation has not explored whether other provisions of the Act could justify the CRA's request for information.

[26] There are a series of provisions which touch upon the Minister's power to ensure compliance with the terms of the Act. As was noted by the Supreme Court of Canada in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pages 649-650 (*McKinlay Transport Ltd.*), a self-reporting system of taxation requires a system of verification, including the possibility of random verification.

[27] In reading the various provisions which follow, it must be kept in mind that the Foundation, while not liable to pay tax, is nonetheless a taxpayer as per subsection 248(1) of the Act:

#### **248. (1) . . .**

"taxpayer" includes any person whether or not liable to pay tax;

[28] The foundation of the Minister's power to verify compliance is the obligation to maintain adequate books and records:

**230. (1)** Every person carrying on business and every person who is required, by or pursuant to this Act, to pay or collect taxes or other amounts shall keep records and books of

en l'espèce en est une d'interprétation législative, une question à l'égard de laquelle l'ARC manque d'expertise relative comparativement aux cours.

#### Économie générale de la Loi

[25] La Fondation appuie son argumentation sur son opinion concernant l'objet du paragraphe 231.2(2) de la Loi. La difficulté tient au fait que l'article 231.2 n'est que l'une des nombreuses dispositions qui autorisent le ministre à demander et obtenir des renseignements « pour l'application et l'exécution de la présente loi ». La Fondation, à l'instar du juge de première instance, considère que l'article 231.2 est la disposition appropriée parce qu'elle parle des personnes non désignées nommément. Il faut dire, en toute justice à l'égard du juge de première instance, que le défendeur ne lui a pas soumis toutes les dispositions pertinentes. En tout état de cause, la Fondation n'a pas cherché à savoir si d'autres dispositions de la Loi pouvaient justifier la demande de renseignements de l'ARC.

[26] Une série de dispositions encadrent le pouvoir du ministre d'assurer le respect de la Loi. Comme l'a noté la Cour suprême du Canada dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux pages 649 et 650 (*McKinlay Transport Ltd.*), le principe d'auto-déclaration du régime fiscal exige un système de vérification, y compris la possibilité d'une vérification au hasard.

[27] À la lecture des diverses dispositions reproduites ci-dessous, il faut se rappeler que la Fondation, même si elle n'est pas tenue de payer l'impôt, est néanmoins considérée comme un contribuable en vertu du paragraphe 248(1) de la Loi :

#### **248. (1) [ . . . ]**

« contribuables » Sont comprises parmi les contribuables toutes les personnes, même si elles ne sont pas tenues de payer l'impôt.

[28] Le pouvoir du ministre de s'assurer du respect de la Loi repose sur l'obligation de maintenir les livres et registres appropriés.

**230. (1)** Quiconque exploite une entreprise et quiconque est obligé, par ou selon la présente loi, de payer ou de percevoir des impôts ou autres montants doit tenir des

account (including an annual inventory kept in prescribed manner) at the person's place of business or residence in Canada or at such other place as may be designated by the Minister, in such form and containing such information as will enable the taxes payable under this Act or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined.

[29] In the case of registered charities, there are specific requirements which flow directly from their status as receipt issuing agencies [s. 230(2) (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 105)]:

**230. . . .**

(2) Every registered charity and registered Canadian amateur athletic association shall keep records and books of account at an address in Canada recorded with the Minister or designated by the Minister containing

(a) information in such form as will enable the Minister to determine whether there are any grounds for the revocation of its registration under this Act;

(b) a duplicate of each receipt containing prescribed information for a donation received by it; and

(c) other information in such form as will enable the Minister to verify the donations to it for which a deduction or tax credit is available under this Act.

[30] If a person does not maintain the books and records which the Act requires it to maintain, the Minister may issue a written requirement to maintain those records, as was done in this case:

**230. . . .**

(3) Where a person has failed to keep adequate records and books of account for the purposes of this Act, the Minister may require the person to keep such records and books of account as the Minister may specify and that person shall thereafter keep records and books of account as so required.

[31] The maintenance of books and records would not assist in monitoring compliance with the Act if the Minister was not able to consult those books and records. As one would expect, there are provisions

registres et des livres de comptes (y compris un inventaire annuel, selon les modalités réglementaires) à son lieu d'affaires ou de résidence au Canada ou à tout autre lieu que le ministre peut désigner, dans la forme et renfermant les renseignements qui permettent d'établir le montant des impôts payables en vertu de la présente loi, ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues.

[29] Dans le cas des organismes de bienfaisance enregistrés, il existe des règles particulières qui découlent directement de leur statut d'organismes susceptibles de délivrer des reçus [art. 230(2) (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 105)]:

**230. [ . . . ]**

(2) Chaque organisme de bienfaisance enregistré et chaque association canadienne enregistrée de sport amateur doit tenir des registres et des livres de comptes à une adresse au Canada, enregistrée auprès du ministre ou désignée par lui, qui contiennent ce qui suit :

a) des renseignements sous une forme qui permet au ministre de déterminer s'il existe des motifs d'annulation de l'enregistrement de l'organisme ou de l'association en vertu de la présente loi;

b) un double de chaque reçu, renfermant les renseignements prescrits, visant les dons reçus par l'organisme ou l'association;

c) d'autres renseignements sous une forme qui permet au ministre de vérifier les dons faits à l'organisme ou à l'association et qui donnent droit à une déduction ou à un crédit d'impôt aux termes de la présente loi.

[30] Si une personne ne tient pas les livres et registres exigés par la Loi, le ministre peut lui enjoindre par écrit de tenir ces livres et registres, comme cela a été le cas dans la présente affaire.

**230. [ . . . ]**

(3) Le ministre peut enjoindre à une personne qui n'a pas tenu les registres et livres de comptes voulus pour l'application de la présente loi de tenir ceux qu'il spécifie et cette personne doit, dès lors, tenir les registres et livres de comptes qui sont ainsi exigés d'elle.

[31] La tenue des livres et registres n'aiderait pas à assurer le respect de la Loi si le ministre n'était pas en mesure de les consulter. Comme on pouvait s'y attendre, il existe des dispositions qui autorisent le ministre à

which authorize the Minister to inspect the books and records maintained by the taxpayer.

[32] The Minister's general power to audit and conduct inspections is found in section 231.1 which provides as follows:

**231.1(1)** An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection (2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

[33] Where the taxpayer does not provide the access or the documents which section 231.1 requires it to provide, the Minister may obtain a compliance order from a judge pursuant to section 231.7 [as enacted by S.C. 2001, c. 17, s. 183] of the Act:

**231.7(1)** On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document

inspecter les livres et registres tenus par le contribuable.

[32] Le pouvoir général du ministre de faire des vérifications et des inspections est énoncé dans les termes suivants à l'article 231.1 :

**231.1(1)** Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

[33] Si le contribuable ne fournit pas l'accès ou les documents qu'il est tenu de fournir en vertu de l'article 231.1, le ministre peut, en vertu de l'article 231.7 [édicte par L.C. 2001, ch. 17, art. 183], reproduit ci-dessous, obtenir d'un juge une ordonnance lui enjoignant de se conformer à la Loi :

**231.7(1)** Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents

sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

[34] A failure to comply with such an order may be the subject of contempt of court proceedings (subsection 231.7(4)) or of a summary conviction prosecution (subsection 238(1)).

[35] In my view, these provisions were sufficient to authorize the CRA auditor to make the request which he did, and imposed on the Foundation the obligation to comply. No recourse to section 231.2 was required.

[36] Subsection 230(2) requires the Foundation to maintain certain records to enable the Minister to ascertain if there are grounds for revoking the Foundation's registration as a charity, and to verify that the donations which are made to it are eligible for deduction. The Foundation is specifically required to maintain duplicates of all receipts which it issues to donors, including the name and address of the donor. (See *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 at paragraph 3501(1)(g).) In short, the Foundation was required by law to maintain the information which the CRA auditor asked it to produce. As for whether the information was maintained in the form in which it was requested, i.e., a list, the demand was not resisted on that basis, perhaps because it is inconceivable that a charity would not maintain a list of its donors for various purposes related to fundraising.

[37] It is not contested that, in the exercise of the audit power set out in section 231.1, the CRA auditor was entitled to examine all the books and records of the Foundation, including the duplicate receipts, and on the basis of that inspection, to prepare a list of the names

que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

[34] Le défaut de se conformer à l'ordonnance peut donner lieu à une procédure pour outrage au tribunal (paragraphe 231.7(4)) ou à une poursuite par procédure sommaire (paragraphe 238(1)).

[35] À mon avis, ces dispositions étaient suffisantes pour autoriser le vérificateur de l'ARC à faire la demande qu'il a faite et imposaient à la Fondation l'obligation de s'y conformer. Le recours à l'article 231.2 n'était pas nécessaire.

[36] En vertu du paragraphe 230(2), la Fondation doit tenir certains registres pour permettre au ministre d'établir s'il existe des motifs d'annulation de son enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance et de vérifier si les dons qui lui sont faits donnent droit à une déduction. La Fondation est expressément tenue de conserver un double de tous les reçus remis aux donateurs, avec leurs nom et adresse. (Voir le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, à l'alinéa 3501(1)(g).) Bref, la Fondation était tenue de par la loi de conserver les renseignements que le vérificateur de l'ARC lui a demandé de produire. Quant à la question de savoir si les renseignements étaient conservés suivant la forme requise, c.-à-d. une liste, il n'y a pas eu opposition à la demande sur ce fondement, peut-être parce qu'il est inconcevable qu'un organisme de bienfaisance ne conserve pas une liste de ses donateurs pour divers besoins liés aux collectes de fonds.

[37] Il n'est pas contesté que, dans l'exercice du pouvoir de vérification énoncé à l'article 231.1, le vérificateur de l'ARC peut examiner tous les livres et registres de la Fondation, y compris les doubles de reçu, et préparer, à la suite de cette inspection, une liste

and addresses of the donors to the Foundation in various taxation years. If the auditor is entitled to obtain information by means of his own examination of the Foundation's books and records, I can think of no principle which would require him to obtain a court order before asking for the Foundation's assistance in obtaining the very same information.

[38] Does the fact that subsection 231.2(2) makes specific reference to unnamed persons take the request which was made here outside the operation of sections 230 [as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 105; 1998, c. 19, s. 227] and 231.1? No convincing argument has been offered as to why it should. The argument advanced by the Foundation, that its privacy interest and that of its donors is infringed by such a demand, is simply not credible. The Foundation relies upon the dicta of Rothstein J. in *Sand Exploration Ltd.*, at page 53:

Intrusion into the privacy of individuals is always a sensitive matter, especially when third parties, who themselves may have valid reasons for not wanting to disclose, are required to provide the information. Undoubtedly this is the reason Parliament saw fit to require the Minister to obtain court authorization for such intrusion upon satisfying the court of the matters specified in subsection 231.2(3).

[39] The Foundation's argument lacks a sound footing. As was noted in *McKinlay Transport Ltd.*, at page 649, a taxpayer has "little expectation of privacy in relation to his business records relevant to the determination of his tax liability." When a charity issues a tax receipt, it loses the right to exclude the Minister from inquiring into the circumstances of the gift to determine if it is eligible for deduction. Likewise, when a taxpayer claims a deduction on the basis of a donation receipt, he or she loses the right to exclude an inquiry by the Minister into the circumstances of the donation for the purpose of verifying whether the donation qualifies for the deduction claimed. While I do not disagree with the sentiments expressed in *Sand Exploration Ltd.*, I do not believe that they apply to the facts of this case.

comportant les noms et adresses des donateurs pour diverses années d'imposition. Si le vérificateur peut obtenir les renseignements en examinant lui-même les livres et registres de la Fondation, je ne connais aucun principe qui l'obligerait à solliciter une ordonnance judiciaire avant de demander l'aide de la Fondation pour obtenir exactement les mêmes renseignements.

[38] Le fait que le paragraphe 231.2(2) fasse expressément mention des personnes non désignées nommément permet-il d'exclure la demande faite en l'espèce de l'application des articles 230 [mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 105; 1998, ch. 19, art. 227] et 231.1? Aucun argument convaincant n'a été avancé pour expliquer pourquoi il devrait en être ainsi. L'argument de la Fondation suivant lequel pareille demande porte atteinte à sa vie privée et à celle de ses donateurs n'est tout simplement pas crédible. La Fondation s'appuie sur la remarque incidente du juge Rothstein dans *Sand Exploration Ltd.*, à la page 53 :

Une atteinte à la vie privée des personnes est toujours une question délicate, spécialement lorsque des tiers, qui peuvent eux-mêmes avoir des raisons valables pour ne pas vouloir communiquer certains renseignements, sont forcés de les communiquer. Il ne fait aucun doute que c'est la raison pour laquelle le Parlement a jugé opportun d'exiger que le ministre obtienne une autorisation judiciaire, et de ne l'autoriser à une telle atteinte à la vie privée qu'une fois qu'il a convaincu le tribunal au sujet des points mentionnés expressément au paragraphe 231.2(3).

[39] L'argument de la Fondation n'a pas de fondement solide. Tel qu'il a été noté dans *McKinlay Transport Ltd.*, à la page 649, un contribuable « s'atten[d] peu à ce que son droit à la protection de sa vie privée soit respecté relativement à ses documents commerciaux utiles pour établir son assujettissement à l'impôt ». Lorsqu'un organisme de bienfaisance délivre un reçu, elle perd le droit d'empêcher le ministre d'enquêter sur les circonstances du don pour déterminer s'il donne droit à une déduction. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un contribuable demande une déduction sur la foi d'un reçu de don, il perd le droit d'empêcher le ministre d'enquêter sur les circonstances du don pour vérifier si le don donne droit à la déduction demandée. Même si je ne suis pas en désaccord avec les

[40] Does it matter that the Minister used the donor list supplied by the Foundation to reassess some of the donors on that list? The application Judge was of the opinion that it was wrong for the Minister to use information given to him by one taxpayer to reassess another taxpayer without prior judicial authorization (see paragraphs 14 and 15 of the reasons for order).

[41] With respect, this is not a sound statement of principle. There is reciprocity in the tax treatment of most commercial transactions. Simply put, one person's business deduction is another person's revenue. The Minister has every interest in confirming that the amount claimed as a business expense by the buyer is the amount recorded as revenue by the seller. In the case of registered charities, the same reciprocity applies. If the Minister determines that donations received are not eligible for deduction, then he has an interest in reviewing the returns of those to whom a receipt has been issued in respect of those donations. This ability to subject both parties to a transaction to equivalent tax treatment is a fundamental aspect of the verification process.

[42] I am therefore of the view that the application Judge erred when he concluded that the CRA auditor was required to obtain prior judicial authorization pursuant to subsection 231.2(2) before asking the Foundation to provide him with a list of the Foundation's donors. The auditor's request for the list of donors was lawful as was the Minister's subsequent use of it to reassess donors whose contributions to the Foundation were not eligible for donation receipts.

[43] In the end result, I would allow the appeal, set aside the decision of the application Judge and dismiss

préoccupations exprimées dans *Sand Exploration Ltd.*, je ne crois pas qu'elles s'appliquent aux faits en l'espèce.

[40] Est-t-il important que le ministre ait utilisé la liste de donateurs fournie par la Fondation pour établir de nouvelles cotisations à l'égard de certains donateurs dont le nom y figurait? Le juge de première instance était d'avis qu'il était inapproprié pour le ministre d'utiliser les renseignements qui lui avaient été donnés par un contribuable pour établir une nouvelle cotisation à l'endroit d'un autre contribuable sans avoir obtenu au préalable une autorisation judiciaire (voir les paragraphes 14 et 15 des motifs de l'ordonnance).

[41] En tout déférence, il ne s'agit pas là d'un énoncé de principe solide. Il y a réciprocité dans le traitement fiscal de la plupart des transactions commerciales. En termes simples, la déduction d'entreprise d'une personne correspond au revenu d'une autre. Le ministre a tout intérêt à vérifier que le montant réclamé au titre des dépenses d'entreprise par l'acheteur correspond au montant enregistré à titre de revenu par le vendeur. Dans le cas des organismes de bienfaisance, la même réciprocité s'applique. Si le ministre détermine que les dons reçus ne sont pas admissibles à une déduction, il a alors intérêt à vérifier les déclarations de ceux à qui un reçu a été remis pour ces dons. Le fait de pouvoir assujettir les deux parties d'une transaction à un traitement fiscal équivalent représente un aspect fondamental du processus de vérification.

[42] Je suis donc d'avis que le juge de première instance a fait erreur en concluant que le vérificateur de l'ARC était tenu d'obtenir une autorisation judiciaire, en vertu du paragraphe 231.2(2), avant de demander à la Fondation de lui fournir une liste de ses donateurs. La demande du vérificateur était légale, tout comme l'utilisation subséquente de la liste par le ministre pour établir de nouvelles cotisations à l'égard des donateurs pour lesquels la contribution versée à la Fondation ne donnait pas droit à un reçu de don.

[43] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, annulerai la décision de première instance et rejetterai la

the Foundation's application for judicial review. The Minister is entitled to his costs both here and below.

demande de contrôle judiciaire de la Fondation. Le ministre a droit à ses dépens en appel et en première instance.

[44] For the same reasons, I would dismiss the cross-appeal with costs to the Minister.

[44] Pour les mêmes motifs, je rejetterais l'appel incident avec dépens en faveur du ministre.

RICHARD C.J.: I agree.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je souscris aux présents motifs.

SHARLOW J.A.: I agree.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs

A-424-05  
2006 FCA 281

A-424-05  
2006 CAF 281

**Douglas G. Gunn** (*Appellant*)

v.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**INDEXED AS: GUNN v. CANADA (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Sexton, Sharlow and Malone  
J.J.A.—Toronto, April 4; Ottawa, August 21, 2006.

*Income Tax — Income Calculation — Farming — Appeal from Tax Court of Canada judgment dismissing appeal from reassessments made under Income Tax Act (Act) for 1997, 1998, 1999, in which s. 31 applied to limit farm loss deduction to \$8,750 — Appellant building up law practice, farming business for over 30 years — Law practice relatively profitable whereas farming business resulting in operating losses — Appellant testifying farming resulted in connections enhancing profitability of law practice, unique synergy existing between two sources of income — Test for application of s. 31 involving principal question (whether farming chief source of income), combination question (whether chief source of income is combination of farming, other source of income) — S. 31 applying if both questions negatively answered — 1978 Supreme Court of Canada decision in Moldowan v. The Queen establishing if farming merely hobby, taxpayer not entitled to claim any deduction in respect of expenses incurred therein — Distinction between farmers burdened, not burdened by s. 31 based on comparison between economic characteristics of farming business, other taxable activities — Moldowan's treatment of combination question in s. 31 criticized, particularly Dickson J.'s comment s. 31 should apply to person for whom farming "sideline" business, "subordinate" source of income — S. 31 not imposing additional requirement farming must be predominant element in combination — Combination question requiring aggregation of capital, income, time — Because appellant's farming operations clearly having profit potential, Tax Court judgment set aside — Tax Court incorrectly interpreting s. 31 since factual connection between farming, other source of income not precondition for positive answer to combination question.*

**Douglas G. Gunn** (*appelant*)

c.

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

**RÉPERTORIÉ : GUNN c. CANADA (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Sharlow et Malone,  
J.C.A.—Toronto, 4 avril; Ottawa, 21 août 2006.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Entreprises agricoles — Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel formé à l'encontre de nouvelles cotisations établies en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi) pour les années 1997, 1998 et 1999 dans le cadre desquelles l'art. 31 a été appliqué pour limiter à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de l'appelant — Pendant plus de 30 ans, l'appelant a géré un cabinet juridique et une entreprise agricole — Le cabinet juridique a été relativement lucratif, mais l'entreprise agricole a donné lieu à des pertes d'exploitation — L'appelant a déclaré que ses activités agricoles lui ont permis de se faire des relations qui ont accru la rentabilité de son cabinet d'avocats; il s'agissait d'une synergie unique entre deux sources de revenu — Le critère relatif à l'application de l'art. 31 porte sur la question principale (si l'agriculture constitue la principale source de revenu) et la question de la combinaison (si la principale source de revenu est à la fois l'agriculture et une autre source de revenu) — L'art. 31 s'applique si la réponse aux deux questions est négative — La décision que la Cour suprême du Canada a rendue en 1978 dans l'arrêt Moldowan c. La Reine précise que si le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées — La distinction entre les agriculteurs soumis à l'art. 31 et ceux qui ne le sont pas est fondée sur une comparaison entre les caractéristiques économiques de l'entreprise agricole et celles des autres activités imposables — La manière dont l'arrêt Moldowan répond à la question de la combinaison dont parle l'art. 31 a suscité des critiques, surtout l'observation du juge Dickson selon laquelle l'art. 31 devrait s'appliquer à la personne pour qui l'agriculture est une activité « secondaire » ou une source « accessoire » de revenu — Il n'y a, dans l'art. 31, rien qui impose une condition supplémentaire selon laquelle l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison — La question de la combinaison commande d'agréger le capital, le revenu et le temps — Comme les activités agricoles de l'appelant offrent manifestement des possibilités de profit, le jugement de la Cour de l'impôt a été infirmé — La Cour de l'impôt a interprété de manière erronée*

*Construction of Statutes — Income Tax Act, s. 31 — Appeal from Tax Court of Canada judgment dismissing appeal from reassessments made under Income Tax Act (Act) for 1997, 1998, 1999, in which s. 31 applied to limit farm loss deduction to \$8,750 — Textual, contextual, purposive analysis of s. 31 — In Moldowan v. The Queen, 1978 S.C.C. case, Dickson J. attempting to give rational meaning to general words of s. 31 when interpreting combination question — Approach contravening recent case law warning against development of judge-made rules in tax matters — Words in s. 31 regarding combination question general but ordinary meaning comprehensible — “Combination” implying addition or aggregation — In fiscal context, statutory interpretation must be informed by recognition taxpayers requiring consistent, predictable, fair rules — Where taxing statute not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness, should be resolved in favour of taxpayer — Principle used only as last resort when ordinary statutory interpretation principles leaving uncertainty as to application of statute to particular case — Because s. 31 not reasonably clear, principle should apply — Combination question not to be interpreted according to judge-made test requiring farming to be predominant element in combination of farming, second source of income but requiring generous interpretation, aggregation of various relevant economic factors.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada judgment dismissing the appellant's appeal from reassessments made under the *Income Tax Act* (Act) for the years 1997, 1998 and 1999, in which section 31 was applied to limit the appellant's farm loss deduction to \$8,750. Section 31 provides a formula to calculate the taxpayer's deemed loss where the chief source of income is neither farming nor a combination of farming and some other source of income. For over 30 years, the appellant has built up a law practice and a farming business, in which he raises pure-bred cattle and produces tobacco. Although the law practice required a modest investment of capital and has been relatively profitable, the farming business required a greater capital investment and resulted mostly in operating losses. Despite the losses, the farming operations undisputedly

*l'art. 31 puisqu'un lien concret entre l'agriculture et une autre source de revenu ne constitue pas une condition préalable à une réponse positive à la question de la combinaison.*

*Interprétation des lois — Art. 31 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel formé à l'encontre de nouvelles cotisations établies en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi) pour les années 1997, 1998 et 1999 dans le cadre desquelles l'art. 31 a été appliqué pour limiter à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de l'appelant — L'art. 31 appelle une analyse textuelle, contextuelle et téléologique — Dans Moldowan c. La Reine, arrêt de 1978 de la C.S.C., le juge Dickson voulait donner une signification rationnelle aux termes communs de l'art. 31 dans le cadre de son interprétation de la question de la combinaison — Cette manière d'interpréter la question va à l'encontre de la jurisprudence récente mettant en garde contre le développement de règles jurisprudentielles en matière fiscale — Les termes de l'art. 31 qui exposent la question de la combinaison sont des termes courants, mais leur sens grammatical ordinaire est intelligible — La « combinaison » évoque une addition ou un agrégat — En matière fiscale, l'interprétation des lois doit prendre en compte le fait que le contribuable a besoin de règles qui soient uniformes, prévisibles et équitables — Si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable — Ce principe ne doit être utilisé qu'en dernier recours, lorsque l'application des principes ordinaires de l'interprétation des lois laisse subsister une incertitude sur la question de savoir si la loi doit s'appliquer à tel ou tel cas — Parce que l'art. 31 n'est pas raisonnablement clair, le principe devrait s'appliquer — La question de la combinaison ne doit pas être interprétée en fonction du critère jurisprudentiel selon lequel l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison de l'agriculture et de la seconde source de revenu; elle doit plutôt bénéficier d'une interprétation plus libérale, qui commande d'agréger divers facteurs économiques pertinents.*

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel formé par l'appelant à l'encontre de nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) pour les années 1997, 1998 et 1999 dans le cadre desquelles l'article 31 a été appliqué pour limiter à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de l'appelant. L'article 31 prévoit une formule pour calculer la perte réputée du contribuable lorsque le revenu ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source. Pendant plus de 30 ans, l'appelant a géré un cabinet juridique et une entreprise agricole dans le cadre de laquelle il élève des bovins de race et produit du tabac. Bien que son cabinet juridique n'ait exigé qu'un investissement modeste et ait été lucratif, son entreprise

comprise a business, a commercial activity undertaken for profit and with a reasonable expectation of profit. Between 1990 and 1997, the appellant acquired six farm properties in addition to the home farm and invested considerable time and money to bring them up to his high standards. The bulk of the appellant's net farming assets consist of land and buildings. He spends about 30% to 35% of his working time on the farming operations and the balance on his law practice. Without the financial support provided by his law practice, the appellant could not have financed the expenditures required to improve his farming operations. Moreover, the farming losses beginning in the 1990s were greater than they might otherwise have been because of several nonrecurring expenditures and unforeseen events. The issue was whether section 31 applied to the appellant in the years in question.

*Held*, the appeal should be allowed.

The opening words of section 31 set out the test, comprising two questions, for its application. The "principal question" is whether farming is the taxpayer's chief source of income and the "combination question" is whether the taxpayer's chief source of income is a combination of farming and some other source of income. Section 31 only applies if both questions are negatively answered. A straightforward textual analysis leaves unanswered the important questions of what the phrase "chief source of income" means and whether a positive answer to the combination question requires farming to be predominant.

Generally, a taxpayer who operates a business is subject to tax on the profit earned from that business in a particular year. If the operation of the business results in a loss for a particular year, that loss may be deducted from the taxpayer's other income for that year. Sections 28 to 31 provide a number of special rules for the determination of the profit or loss of a farming business. Section 31 limits the entitlement of certain farmers to claim a deduction for certain farming losses and is an exception to the general rule that a taxpayer who incurs a loss from the operation of a business in a year is entitled to deduct that loss from other income of the year.

In *Moldowan v. The Queen*, a 1978 case on section 31, the Supreme Court of Canada established that if the taxpayer in operating his farm is merely indulging in a hobby, with no reasonable expectation of profit, he is disentitled to claim any

agricole a exigé un capital plus important et a surtout donné lieu à des pertes d'exploitation. Malgré les pertes, nul ne conteste que les activités agricoles constituaient une entreprise, une activité commerciale exercée à des fins lucratives et dans un espoir raisonnable de réaliser des bénéfices. Entre 1990 et 1997, l'appellant a acquis six terres agricoles en plus de son domaine rural et il a investi beaucoup de temps et d'argent pour mettre ces biens-fonds aux normes élevées qu'il s'est fixées pour ses travaux agricoles. La majeure partie des biens agricoles nets de l'appellant est composée de terres et de bâtiments. Il consacre entre 30 et 35 pour cent de son temps aux activités agricoles, et le reste à son cabinet. Sans le soutien financier procuré par son cabinet d'avocats, l'appellant n'aurait pas pu financer la modernisation de ses activités agricoles. De plus, ses pertes agricoles à compter des années 90 ont été plus élevées qu'elles ne l'auraient sans doute été autrement, et cela en raison de plusieurs dépenses exceptionnelles et plusieurs événements imprévus. La question à trancher était celle de savoir si l'article 31 s'appliquait à l'appellant au cours des années en cause.

*Arrêt* : l'appel est accueilli.

Le passage introductif de l'article 31 précise le critère, qui comporte deux questions, applicable. La « question principale » est celle de savoir si l'agriculture est la principale source de revenu du contribuable et la « question de la combinaison » est celle de savoir si la principale source de revenu du contribuable est à la fois l'agriculture et une autre source de revenu. L'article 31 ne s'applique que si la réponse aux deux questions est négative. La simple analyse textuelle laisse sans réponse les questions importantes de savoir quel est le sens de l'expression « principale source de revenu » et si une réponse positive à la question de la combinaison signifie que l'agriculture doit être prédominante.

En général, le contribuable qui exploite une entreprise doit payer l'impôt sur les bénéfices tirés de cette entreprise au cours d'une année donnée. Si l'exploitation de l'entreprise se solde par une perte au cours d'une année donnée, cette perte peut être déduite des autres revenus du contribuable pour cette année. Les articles 28 à 31 contiennent des règles spéciales pour l'établissement du bénéfice ou de la perte d'une entreprise agricole. L'article 31 limite le droit de certains agriculteurs de déduire les pertes de l'entreprise agricole et constitue une exception à la règle que le contribuable qui subit une perte au titre de l'exploitation de l'entreprise au cours d'une année a le droit de déduire cette perte de ses autres revenus de l'année.

Dans *Moldowan c. La Reine*, un arrêt de 1978 portant sur l'article 31, la Cour suprême du Canada a statué que si le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, sans expectative raisonnable de profit, il ne peut

deduction at all in respect of expenses incurred. However, the intended target of section 31 was unclear in 1977 when *Moldowan* was decided and it remains unclear.

Generally, when a provision of the Act imposes a tax disadvantage on one group of taxpayers and not on others, the tax policy underlying the provision may be inferred from the statutory conditions for its application. The distinction between farmers who are burdened by section 31 and those who are not is based on a comparison between the economic characteristics of the farming business and the farmer's other taxable activities. What that discloses about the meaning of "chief source of income" remains obscure. Finally, despite considerable judicial criticism of section 31, one of the most litigated provisions in the Act, none of the available authorities provided a satisfactory explanation for the existence thereof.

*Moldowan's* treatment of the combination question has attracted criticism, particularly Justice Dickson's statement that section 31 should apply to a person for whom farming is a "sideline" business or a "subordinate" source of income. Section 31 does not use the words "sideline" or "subordinate" or any analogous term. Dickson J. was attempting to give a rational meaning to general words, thus avoiding the prospect of giving section 31 no meaning at all. With respect to the principal question, he concluded reasonably that the determination of a person's chief source of income requires a weighing and balancing of a number of relevant factors. But when it came to the combination question, he devised guidelines based on an assumption as to the underlying objective of the statute, an assumption that is not rooted in anything expressed or implied in the statute itself. That approach to the interpretation of the combination question contravenes the more recent teaching of the Supreme Court of Canada that warn against the development of judge-made rules in tax matters. These recent cases involved a statutory provision that had a discernible literal meaning in which the taxpayers argued that they should be entitled to rely on the words of the statute rather than an unlegislated gloss proposed by the Crown. The words of section 31 that set out the combination question are general but their ordinary grammatical meaning is comprehensible; section 31 speaks of a combination, which in ordinary language implies an addition or aggregation. There is nothing in section 31 or elsewhere in the Act that imposes an additional requirement that farming be the predominant element in the combination.

In the fiscal context, statutory interpretation must be informed by the recognition that, in a self-assessing tax system

réclamer aucune réduction pour les dépenses engagées. Cependant, l'objectif du législateur dans l'article 31 était flou en 1977 lorsque fut rendu l'arrêt *Moldowan* et il le reste.

En général, lorsqu'une disposition de la Loi fait subir un désavantage fiscal à un groupe de contribuables et non sur les autres, la politique fiscale sous-jacente à la disposition peut se déduire des conditions légales de son application. La distinction entre les agriculteurs qui sont soumis à l'article 31 et ceux qui ne le sont pas se fonde sur une comparaison entre les caractéristiques économiques de l'entreprise agricole et celles des autres activités imposables de l'agriculteur. Ce que cela révèle sur le sens de l'expression « principale source de revenu » reste toutefois obscur. Enfin, bien que les tribunaux se soient montrés très critiques à l'endroit de l'article 31, l'une des dispositions de la Loi qui a le plus donné lieu à un abondant contentieux, il a été impossible de trouver la raison d'être de cette disposition dans la jurisprudence.

La manière dont l'arrêt *Moldowan* répond à la question de la combinaison a suscité des critiques, surtout l'observation du juge Dickson selon laquelle l'article 31 doit s'appliquer à la personne pour qui l'agriculture est une activité « secondaire » ou une source « accessoire » de revenu. L'article 31 n'emploie pas les mots « secondaire » ou « accessoire », ni de terme analogue. Le juge Dickson voulait donner une signification rationnelle à des termes communs, afin d'éviter le danger de priver l'article 31 de tout sens. S'agissant de la question principale, il a fort raisonnablement conclu que, pour déterminer quelle est la principale source de revenu d'une personne, il est nécessaire d'apprécier et de soupeser plusieurs facteurs pertinents. Mais, en ce qui a trait à la question de la combinaison, il a formulé des directives fondées sur une supposition quant à l'objectif du texte légal, une supposition qui ne découle pas, expressément ou par déduction, de la loi elle-même. Cette manière d'interpréter la question de la combinaison va à l'encontre des enseignements récents de la Cour suprême du Canada, qui met en garde contre le développement de règles jurisprudentielles en matière fiscale. Des causes récentes portaient sur une disposition légale qui présentait un sens littéral perceptible, alors que les contribuables faisaient valoir qu'ils devaient pouvoir se fonder sur les termes employés par le législateur plutôt que sur une interprétation préconisée par la Couronne, mais sans fondement dans la loi. Les termes de l'article 31 qui exposent la question de la combinaison sont des termes courants, mais leur sens grammatical ordinaire est intelligible; l'article 31 parle d'une combinaison, ce qui, dans la langue ordinaire, évoque une addition ou un agrégat. Il n'y a, dans l'article 31, ni ailleurs dans la Loi, rien qui impose une condition supplémentaire selon laquelle l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison.

En matière fiscale, l'interprétation des lois doit prendre en compte le fait que, dans un régime fiscal d'autocotisation qui

that respects the right of taxpayers to plan their tax affairs intelligently, taxpayers require rules that are consistent, predictable and fair. These objectives of fiscal statutory interpretation are undermined by provisions that are so vague that their application cannot be predicted with reasonable certainty. They may be further undermined if they are applied on the basis of a judge-made rule that has no statutory foundation. Where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer. This principle is to be used only as a last resort, where the application of the ordinary principles of statutory interpretation leave a reasonable uncertainty as to whether the provision in question is intended to apply in a particular case. Because section 31 of the Act is not reasonably clear, that principle should still apply. The combination question should be interpreted to require only an examination of the cumulative effect of the aggregate of the capital invested in farming and a second source of income, the aggregate of the income derived from farming and a second source of income, and the aggregate of the time spent on farming and on the second source of income, considered in the light of the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations. This would avoid the judge-made test that requires farming to be the predominant element in the combination of farming with the second source of income.

Because the evidence in this case was that the appellant anticipated that his farm had a potential for profit, which the Crown admitted, the Tax Court judgment was set aside. Furthermore, because the Tax Court answered the principal question in the negative, it was obliged to consider the combination question. In doing so, it considered only the appellant's argument that the financial success of his law practice is attributable in part to a synergy between it and his farming operation. It rejected the appellant's argument that this factual link was a sufficient basis for concluding that his farming operation and his law practice, in combination, comprised his chief source of income with the result that section 31 of the Act could not apply to him. The Tax Court's conclusion that the appellant's farm was not a major contributor to the success of the law practice and the law practice did not owe its existence or its success to the farm was based on the premise that, in determining whether section 31 applies to a particular taxpayer, farming and a second source of income cannot be "combined" unless there is a factual connection between farming and that other source of income. This was not the correct interpretation of section 31 since a factual connection is not a precondition for a positive answer to the combination question. Although the notion of "connectedness" has never been part of section 31, it does not follow that the existence of a connection between farming and

respecte le droit du contribuable de planifier intelligemment ses affaires fiscales, celui-ci a besoin de règles qui soient uniformes, prévisibles et équitables. Les dispositions qui sont vagues au point qu'il est impossible de prédire leur application avec une certitude raisonnable nuisent aux objectifs de l'interprétation des lois. Il en va de même pour celles qui sont appliquées d'après une règle jurisprudentielle purement prétorienne. Si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable. Ce principe ne doit être utilisé qu'en dernier recours, lorsque l'application des principes ordinaires de l'interprétation des lois laisse subsister une incertitude raisonnable sur la question de savoir si la disposition en cause est censée s'appliquer à tel ou tel cas. Parce que l'article 31 de la Loi n'est pas raisonnablement clair, ce principe devrait s'appliquer néanmoins. La question de la combinaison devrait être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes. On évitera ainsi d'appliquer le critère jurisprudentiel selon lequel l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison de l'agriculture et de la seconde source de revenu.

Comme il appert de la preuve en l'espèce que l'appellant voyait un potentiel de gain dans sa ferme, ce que la Couronne a admis, le jugement de la Cour de l'impôt a été infirmé. Qui plus est, parce que la Cour de l'impôt a répondu à la question principale par la négative, elle devait se pencher sur la question de la combinaison. Ce faisant, elle n'a pris en compte que l'argument de l'appellant selon lequel le succès financier de son cabinet d'avocats était attribuable en partie à une synergie entre son cabinet et son exploitation agricole. Elle a rejeté l'argument de l'appellant qui a fait valoir que ce lien concret suffisait pour conclure que son exploitation agricole et son cabinet d'avocats, considérés de concert, constituaient sa principale source de revenu, et donc que l'article 31 de la Loi ne pouvait pas s'appliquer à lui. La conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle la ferme de l'appellant ne contribuait pas de manière significative à la prospérité de son cabinet d'avocats, et le cabinet d'avocats ne devait pas son existence ou son succès à la ferme était fondée sur l'idée que, pour savoir si l'article 31 s'applique à un contribuable donné, l'agriculture et une seconde source de revenu ne peuvent pas être « combinées » à moins qu'il y ait un lien concret entre l'agriculture et une autre source de revenu. Ce n'était pas là la bonne manière d'interpréter la question de la combinaison visée par l'article 31 puisqu'un lien concret ne constitue pas une condition préalable à une réponse positive à la question de

the other source of income is irrelevant to the combination question.

The appellant's evidence of the unique "synergy" between his farm and his law practice should have been given some weight in the context of the combination question. The appellant's farm and law practice together comprised virtually all of his income and represented most, if not all, of the appellant's business-related capital. A more generous interpretation of the combination question in section 31 that requires an aggregation of the various relevant economic factors leading to the conclusion that the appellant's chief source of income is a combination of farming and the practice of law was needed. Finally, even on the *Moldowan* interpretation of the combination question, the answer to the combination question was "yes" and the appellant should have been entitled to a full deduction for his farm losses.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(1)(b).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 18(1)(b), 28 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 18; 1995, c. 21, s. 7; 1998, c. 19, s. 83; 2001, c. 17, s. 18), 29, 30, 31 (as am. by S.C. 1995, c. 21, s. 8), 248(1) "farming".  
*Income Tax Act (The)*, S.C. 1948, c. 52, s. 13 (as am. by S.C. 1950-51, c. 51, s. 4; 1952, c. 29, s. 4).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31.  
*Income War Tax Act, 1917 (The)*, S.C. 1917, c. 28, ss. 3 (as am. by S.C. 1919, c. 55, s. 2; 1920, c. 49, s. 2; 1923, c. 52, s. 1), 4.  
*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 10.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; (1977), 77 D.L.R. (3d) 112; [1977] CTC 310; 77 DTC 5213; 15 N.R. 476.

##### APPLIED:

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601; (2005), 259 D.L.R. (4th) 193; [2005] 5

la combinaison dont parle l'article 31. Bien que la notion de « lien » n'ait jamais été mentionnée dans l'article 31, cela ne veut pas dire que l'existence d'un lien entre l'agriculture et une autre source de revenu n'a pas de pertinence quant à la question de la combinaison.

Il aurait fallu accorder au témoignage de l'appelant, qui faisait état de la « synergie » entre sa ferme et son cabinet, un certain poids en ce qui a trait à la question de la combinaison. La ferme et le cabinet d'avocats de l'appelant formaient la quasi-totalité de son revenu et constituaient la majeure partie, sinon la totalité, de son capital professionnel. Une interprétation plus libérale de la question de la combinaison dont parle l'article 31, une interprétation qui commande d'agréger les divers facteurs économiques pertinents menant à la conclusion que la principale source de revenu de l'appelant est une combinaison de ses activités agricoles et juridiques, était nécessaire. Enfin, même au vu de l'arrêt *Moldowan* quant à la question de la combinaison, la réponse à cette question était affirmative et il s'ensuit que l'appelant aurait dû bénéficier d'une déduction intégrale de ses pertes agricoles.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, art. 3 (mod. par S.C. 1919, ch. 55, art. 2; 1920, ch. 49, art. 2; 1923, ch. 52, art. 1), 4.  
*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 10.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 18(1)(b), 28 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 18; 1995, ch. 21, art. 7; 1998, ch. 19, art. 83; 2001, ch. 17, art. 18), 29, 30, 31 (mod. par L.C. 1995, ch. 21, art. 8), 248(1) « agriculture ».  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 13 (mod. par S.C. 1950-51, ch. 51, art. 4; 1952, ch. 29, art. 4).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 31.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 12(1)(b).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION NON SUIVIE :

*Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601; 225 DTC 5547; 2005 CSC 54; *Banque Royale du*

2005 T.C. 215; 2005 DTC 5523; 340 N.R. 1; 2005 SCC 54; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; (1997), 193 A.R. 321; 143 D.L.R. (4th) 385; [1997] 2 W.W.R. 457; 46 Alta. L.R. (3d) 87; 44 C.B.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (4th) 5089; 97 DTC 5089; 12 P.P.S.A.C. (2d) 68; 208 N.R. 161; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; (1999), 178 D.L.R. (4th) 26; [1999] 4 C.T.C. 313; 99 DTC 5669; 247 N.R. 19; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 C.T.C. 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244.

## DISTINGUISHED:

*Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418; [1989] 1 C.T.C. 235; (1988), 89 DTC 5080; 95 N.R. 140 (C.A.); *Poirier (B.) Estate v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 9; (1992), 92 DTC 6335; 142 N.R. 9 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*R. v. Graham*, [1985] 2 F.C. 107; [1985] 1 C.T.C. 380; (1985), 85 DTC 5256; 59 N.R. 221 (C.A.); *Watt v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 228; 2001 DTC 5237; 273 N.R. 201; 2001 FCA 72; *Canada v. Donnelly*, [1998] 1 F.C. 513; (1997), 154 D.L.R. (4th) 261; [1998] 1 C.T.C. 23; 97 DTC 5499; 220 N.R. 329 (C.A.); *Kroeker v. Canada*, [1983] 1 C.T.C. 183; 2002 DTC 7436; 295 N.R. 137; 2002 FCA 392; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 3 G.T.C. 8071; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Gestion S.A.P. Inc. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1994] 1 C.T.C. 2450; (1993), 94 DTC 1349 (T.C.C.).

## REFERRED TO:

*Gunn v. Canada*, [2005] 4 C.T.C. 2032; 2005 DTC 1074; 2005 TCC 437; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; (1998), 155 D.L.R. (4th) 257; [1998] 2 C.T.C. 35; 98 DTC 6100; 222 N.R. 81; *Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1940] A.C. 127 (P.C.); *D.R. Fraser and Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Minister of National Revenue v. Barbara A. Robertson*, [1954] Ex. C.R. 321; (1954), 54 D.T.C. 1062; [1954] C.T.C. 110; *Poirier (Trustee of) v. M.N.R.*, [1986] 1 C.T.C. 308; (1986), 86 DTC 6124; 2 F.T.R. 11 (F.C.T.D.); *Hover v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 2585; (1992), 93 DTC 98 (T.C.C.); *Hadley v. R.*, [1985] 1 C.T.C. 62; (1985), 85 DTC 5058 (F.C.T.D.); *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; [2000] 1 W.W.R. 195; 69 B.C.L.R. (3d) 201; [2000] 1 C.T.C. 57; 99 DTC 5799; 248 N.R. 216.

*Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; (1999), 99 DTC 5682; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.); *Poirier (B.) Succession c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 281 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Graham*, [1985] 2 C.F. 107 (C.A.); *Watt c. Canada*, 2001 CAF 72; *Canada c. Donnelly*, [1998] 1 C.F. 513 (C.A.); *Kroeker c. Canada*, 2002 CAF 392; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; (1994), 95 DTC 5091; *Gestion S.A.P. Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national)* (1993), 94 DTC 1342 (C.C.I.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Gunn c. Canada*, 2005 CCI 437; *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1940] A.C. 127 (P.C.); *D.R. Fraser and Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.); *Minister of National Revenue v. Barbara A. Robertson*, [1954] R.C.É. 321; *Poirier (Syndic de) c. M.R.N.*, [1986] 1 C.T.C. 308; (1986), 86 DTC 6124; 2 F.T.R. 11 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hover c. M.R.N.*, [1992] A.C.I. n° 735 (QL); *Hadley c. R.*, [1985] A.C.F. n° 30 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804.

## AUTHORS CITED

- Benson, Edgar J. *Proposals for Tax Reform*. Ottawa: Department of Finance, 1969.
- Canada. *Report of the Royal Commission on Taxation*. Ottawa: Queen's Printer, 1966-67 (Chair: K. M. Carter).
- Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- House of Commons Debates*, Vol. III, 6th Sess., 21st Parl., May 27, 1952, at pp. 2626 ff.
- House of Commons Debates*, Vol. V, 4th Sess., 21st Parl., June 13, 1951, at p. 4054.
- Stikeman, Heward *et al.* "Transactions to Avoid or Minimize Tax" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada on Taxation*. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1944.
- Thomas, Richard B. "Current Cases—A Farm Loss with a Difference—The Farmer is Successful" (1993), 41 *Can. Tax J.* 513".

APPEAL from a Tax Court of Canada judgment ([2005] 4 C.T.C. 2032; 2005 DTC 1074; 2005 TCC 437) dismissing the appellant's appeal from reassessments made under the *Income Tax Act* for the years 1997, 1998 and 1999 because the Tax Court found that section 31 had been correctly applied in each of those years, thereby limiting the appellant's farm loss deduction to \$8,750. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Sandra L. Monger* for appellant.  
*Charles Camirand* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gunn & Associates*, St. Thomas, Ontario, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal from a judgment of the Tax Court of Canada (2005 TCC 437) dismissing Mr. Gunn's appeal from reassessments made under the

## DOCTRINE CITÉE

- Benson, Edgar J. *Propositions de réforme fiscale*, Ottawa : Ministère des Finances, 1969.
- Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966-67 (président : K. M. Carter).
- Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 6<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég. le 27 mai 1952, aux pp. 2626 et ss.
- Débats de la Chambre des communes*, vol V, 4<sup>e</sup> sess, 21<sup>e</sup> lég. le 13 juin 1951, à la p. 4161.
- Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.
- Stikeman, Heward *et al.* « Transactions to Avoid or Minimize Tax » in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada on Taxation*, Toronto : Richard De Boo Ltd., 1944.
- Thomas, Richard « Current Cases—A Farm Loss with a Difference—The Farmer is Successful » (1993), 41 *Rev. fisc. Can.* 513.

APPEL d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (2005 CCI 437) rejetant l'appel formé par l'appelant à l'encontre de nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années 1997, 1998 et 1999 parce que la Cour de l'impôt a conclu que l'article 31 a été appliqué correctement à chacune de ces années, limitant ainsi à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de l'appelant. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Sandra L. Monger* pour l'appelant.  
*Charles Camirand* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Gunn & Associates*, St. Thomas (Ontario) pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Appel est interjeté d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (2005 CCI 437) rejetant l'appel formé par M. Gunn à l'encon-

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for the years 1997, 1998 and 1999. The only issue is whether the Judge was correct in concluding that section 31 [as am. by S.C. 1995, c. 21, s. 8] of the *Income Tax Act* applied in each of those years to limit Mr. Gunn's farm loss deduction to \$8,750.

## FACTS

[2] The facts are undisputed. For over 30 years, Mr. Gunn has built up a law practice and a farming business through the investment of capital and the application of skill, knowledge and hard work. His law practice required a relatively modest investment of capital and it has been profitable. His farming business required a greater capital investment, but it has resulted mostly in operating losses. Despite Mr. Gunn's record of farming losses, it is undisputed that his farming operations comprise a business, a commercial activity undertaken for profit and with a reasonable expectation of profit.

[3] Mr. Gunn grew up near St. Thomas, Ontario, on a farm settled by his grandfather. His father raised cattle, sheep and cash crops on the farm. Mr. Gunn worked on his father's farm during the summers when he was attending the University of Western Ontario. That is how he earned the money for his education. In 1962, Mr. Gunn acquired a 25% interest in a farm. His parents and his brother were the other owners. The property was sold some years later.

[4] In 1965, Mr. Gunn graduated from the faculty of law of the University of Western Ontario. He was admitted to the bar of Ontario in 1967, and has practiced law ever since. In 1984 he formed his own firm, Gunn and Associates, in St. Thomas. At the time of the Tax Court hearing, Mr. Gunn had four lawyers working for him.

[5] In 1972, Mr. Gunn bought the property that he now calls his home farm. It is located near St. Thomas, a short distance from his law office. At that time the

tre de nouvelles cotisations établies en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, pour les années 1997, 1998 et 1999. La seule question en litige est de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a eu raison de dire que l'article 31 [mod. par L.C. 1995, ch. 21, art. 8] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquait à chacune de ces années et limitait à 8 750 \$ la déduction pour pertes agricoles de M. Gunn.

## FAITS

[2] Les faits ne sont pas contestés. Durant plus de 30 ans, M. Gunn a géré un cabinet juridique et une entreprise agricole en y investissant du capital et en y consacrant son talent, son savoir et son énergie. Son cabinet juridique, qui n'a exigé qu'un investissement relativement modeste, a été lucratif. Son entreprise agricole a exigé un capital plus important, mais la plupart du temps elle a surtout donné lieu à des pertes d'exploitation. Malgré les pertes subies par M. Gunn relativement à ses activités agricoles, nul ne conteste que celles-ci constituent une entreprise, une activité commerciale exercée à des fins lucratives et dans un espoir raisonnable de réaliser des bénéfices.

[3] M. Gunn a été élevé près de Saint-Thomas, en Ontario, sur une exploitation établie par son grand-père. Son père y élevait des vaches et des moutons et y produisait des cultures de rapport. M. Gunn travaillait à la ferme de son père durant l'été lorsqu'il fréquentait l'Université Western Ontario. C'est ainsi qu'il a financé ses études. En 1962, M. Gunn a acquis une participation de 25 p. 100 dans une exploitation agricole. Ses parents et son frère en étaient les autres propriétaires. Le domaine fut vendu quelques années plus tard.

[4] En 1965, M. Gunn a obtenu son diplôme de la faculté de droit de l'Université Western Ontario. Il s'est inscrit au barreau de l'Ontario en 1967 et il exerce le droit depuis. En 1984, il a constitué son propre cabinet, Gunn et Associés, à Saint-Thomas. À l'époque où a eu lieu l'audience devant la Cour de l'impôt, quatre avocats étaient employés par M. Gunn.

[5] En 1972, M. Gunn a acheté le bien-fonds qui constitue aujourd'hui son domaine rural. Il se trouve près de Saint-Thomas, non loin de son cabinet. À

buildings were run down, and over the next several years Mr. Gunn and his wife together built the home that they still live in, and replaced the farm buildings on the property. The property now has five barns, in which Mr. Gunn has been raising pure-bred Hereford cattle for the past 30 years. By 2005, Mr. Gunn had an established herd of approximately 50 breeding cows.

[6] The breeding of cattle requires a considerable amount of time, attention and expertise. Mr. Gunn does most of the work involved in the cattle-breeding operation himself, with the help of his wife. Until September 2004 he had a hired hand as well. He makes all of the decisions in connection with the livestock breeding. In the calving season he checks and feeds the cattle, visiting the barns twice daily, in the early morning and in the evening. His wife checks them during the day, and he is available to return home on short notice if needed. He is never away from home for more than a few days at any time. He also works on the farm during weekends, and some week days in the summer, doing much of the manual work of seeding and haying, with the assistance of people hired on a casual basis. He also does all of the paper work and record-keeping required in connection with the breeding and registration of his cattle.

[7] Between 1990 and 1997, Mr. Gunn acquired six additional farm properties in the vicinity of St. Thomas, where he grows rye, hay and his major cash crop, tobacco. Many of those properties were in very poor condition when purchased, both in relation to the soil, and the buildings and equipment. During that period, Mr. Gunn invested considerable time and money to bring those properties up to the high standards that he has established for his farming operations. That work included improving the soil by adding large amounts of fertilizer that had to be trucked long distances. He also spent a lot of time and money on improvements to the buildings, and on repair of equipment that had been much neglected.

[8] More recently, Mr. Gunn has moved from the production of flue-cured tobacco to the production of

l'époque, les bâtiments étaient en piteux état et, au cours des années qui ont suivi, M. Gunn et son épouse ont ensemble construit l'habitation qu'ils occupent encore et refait à neuf les bâtiments agricoles qui se trouvaient sur le domaine. Le domaine compte aujourd'hui cinq étables, dans lesquelles M. Gunn élève depuis les 30 dernières années des bovins de la race Hereford. En 2005, M. Gunn avait constitué un troupeau comptant environ 50 vaches reproductrices.

[6] L'élevage du bétail exige beaucoup de temps, de soins et de connaissances. M. Gunn exécute lui-même, avec son épouse, la plupart des tâches afférentes à cette occupation. Jusqu'en septembre 2004, il avait aussi un ouvrier à sa disposition. Il prend toutes les décisions se rapportant à l'élevage. À l'époque du vêlage, il examine et nourrit le bétail et visite les étables deux fois par jour, tôt le matin, puis le soir. Son épouse en fait le tour durant la journée, et il peut revenir chez lui rapidement si cela est nécessaire. Il n'est jamais absent de chez lui plus de quelques jours. Il travaille aussi à la ferme durant les fins de semaine, et certains jours de la semaine durant l'été, exécutant la plupart des tâches manuelles requises pour les semailles et la fenaison, avec l'aide de travailleurs occasionnels. Il fait aussi tous les travaux d'écriture et de comptabilité qui se rapportent à l'élevage et à l'enregistrement de son bétail.

[7] Entre 1990 et 1997, M. Gunn a acquis, dans les environs de Saint-Thomas, six nouvelles terres agricoles, où il cultive le seigle, le foin et sa principale culture de rapport, le tabac. Un bon nombre de ces biens-fonds étaient en très mauvais état lors de l'achat, qu'il s'agisse du sol ou des bâtiments et équipements. Durant cette période, M. Gunn n'a pas été avare de son temps et de son argent pour mettre ces biens-fonds aux normes élevées qu'il s'est fixées pour ses travaux agricoles. Il a dû notamment améliorer le sol en y ajoutant de grandes quantités d'engrais, qu'il a fallu transporter par camion sur de longues distances. Il a aussi consacré beaucoup de temps et d'argent à l'amélioration des bâtiments et à la réparation des équipements, qui avaient été fort négligés.

[8] Plus récemment, M. Gunn est passé de la production de tabac séché à l'air chaud à la production

air-cured burley tobacco, with a view to making his tobacco operation less labour intensive and more profitable. Air cured burley tobacco is less expensive to produce and, unlike flue-cured tobacco, it is not subject to provincial production quotas. Mr. Gunn testified at trial that, having completed the transition to burley tobacco, his tobacco production will come within the top ten percent of all producers in Ontario, in terms of yield and quality.

[9] Mr. Gunn's usual daily routine is to work on the farm from about 6:00 a.m., and then in his law office from about 9:00 a.m. until about 4:00 p.m., returning to the farm to do more work in the late afternoon and evening. He estimated that he normally spends about 50 hours per week working at his law practice, and about 20 hours on farm work.

[10] Mr. Gunn has acted as the Chairman of the Ontario Crop Insurance Arbitration Board, and has been involved in the work of other bodies connected with agriculture and the cattle industry. He testified that many clients of his law firm are people Mr. Gunn has met through his farming connections. Clients are encouraged to contact him by telephone or in person at the farm, and often do so. His analysis of files opened in his law firm in the years under appeal shows that between 10% and 15% of them were for clients he met through his farming activities. He suggested that many more files could be attributed indirectly to his farming contacts.

[11] Mr. Gunn's net farming assets amount to approximately \$2 million, the greatest part being land and buildings. The capital invested in his law practice is about \$62,000 (before taking into account unbilled accounts and goodwill). He spends approximately 30% to 35% of his working time on the farming operations and the balance on his law practice. Mr. Gunn's net income from farming and his net income from his law practice since 1987 are as follows:

de tabac Burley séché à l'air naturel, qui exige moins de main-d'œuvre et qui est plus rentable. Le tabac Burley séché à l'air naturel est moins coûteux à produire et, contrairement au tabac séché à l'air chaud, il n'est pas soumis aux quotas provinciaux de production. M. Gunn a témoigné devant la Cour de l'impôt que, lorsque sera achevée la transition vers le tabac Burley, il fera partie, sur le plan du rendement et de la qualité de sa production de tabac, des premiers dix pour cent de tous les producteurs de l'Ontario.

[9] M. Gunn a l'habitude de commencer le travail à la ferme vers 6 heures du matin, puis de se rendre à son cabinet vers 9 heures, jusque vers 16 heures, pour revenir à la ferme afin d'y effectuer d'autres travaux en fin d'après-midi et durant la soirée. Selon ses estimations, il consacre normalement environ 50 heures par semaine à son cabinet et environ 20 heures par semaine aux travaux de la ferme.

[10] M. Gunn a été président de l'Ontario Crop Insurance Arbitration Board et a travaillé pour d'autres organismes liés à l'agriculture et à l'élevage du bétail. Durant son témoignage, il a dit que nombre des clients de son cabinet d'avocats sont des gens qu'il a connus grâce à ses activités agricoles. Les futurs clients sont invités à communiquer avec lui par téléphone ou à se rendre en personne à sa ferme, et c'est souvent ce qu'ils font. L'analyse qu'il a faite des dossiers ouverts dans son cabinet au cours des années visées par l'appel montre qu'entre 10 p. 100 et 15 p. 100 d'entre eux concernaient des clients qu'il avait rencontrés à la faveur de ses activités agricoles. Selon lui, un nombre bien plus élevé de dossiers pouvait être attribué indirectement à ses relations agricoles.

[11] La valeur nette des biens agricoles de M. Gunn s'élève à environ 2 millions \$, dont la plus grande partie consiste en terres et en bâtiments. Le capital investi dans son cabinet est d'environ 62 000 \$ (compte non tenu des états non facturés et des éléments incorporels). Il consacre entre 30 et 35 p. 100 de son temps aux activités agricoles, et le reste à son cabinet. Les revenus agricoles nets et les revenus professionnels nets de M. Gunn depuis 1987 se présentent ainsi :

<u>Year /</u> <u>Année</u>	<u>Net professional</u> <u>income (\$) /</u> <u>Revenus</u> <u>professionnels</u> <u>nets (\$)</u>	<u>Gross (\$) /</u> <u>Bruts(\$)</u>	<u>Farm Income /</u> <u>Revenus agricoles</u>	
			<u>Expenses (\$) /</u> <u>Dépenses</u> <u>agricoles (\$)</u>	<u>Net (\$) /</u> <u>Revenus</u> <u>agricoles net (\$)</u>
1987	165,663	66,719	126,156	(59,437)
1988	152,682	59,481	84,575	(25,094)
1989	268,770	30,139	88,726	(58,587)
1990	280,017	32,307	82,142	(49,835)
1991	235,854	44,873	98,645	(53,772)
1992	428,077	82,451	130,360	(47,909)
1993	256,723	105,226	191,241	(86,015)
1994	270,818	321,246	377,862	(56,616)
1995	277,869	162,554	222,011	(59,457)
1996	221,013	295,364	426,683	(131,319)
1997	308,686	217,560	272,013	(54,453)
1998	204,865	366,877	474,383	(107,506)
1999	308,447	258,489	417,417	(158,928)
2000	428,189	395,585	429,213	(33,628)
2001	331,419	225,572	272,246	(46,674)
2002	305,890	231,452	192,293	39,159
2003	369,356	148,406	235,390	(85,024)
2004	247,031	326,109	229,997	96,112

[12] Mr. Gunn testified that without the financial support provided by his law practice, he could not have financed the expenditures required to improve his farming operations. He also testified that his farm losses during the 1990s and later years were greater than they might otherwise have been because of a number of non-

[12] M. Gunn a témoigné que, sans le soutien financier procuré par son cabinet d'avocats, il n'aurait pas pu financer la modernisation de ses activités agricoles. Il a dit aussi que ses pertes agricoles durant les années 90 et les années ultérieures ont été plus élevées qu'elles ne l'auraient sans doute été autrement,

recurring expenditures and unforeseen events. First, Mr. Gunn spent considerable amounts of money on the rehabilitation of the farm properties he bought during that period. As of the date of trial, Mr. Gunn believed that he would have no further obligations in that respect. Second, it took Mr. Gunn some years to change the tobacco operation from flue-dried tobacco to the more profitable air-dried burley tobacco. Third, for 2003 and subsequent years, the profitability of Mr. Gunn's cattle operation, like those of practically every cattle farmer in Canada, was adversely affected by the discovery of bovine spongiform encephalopathy (mad cow disease) in some Canadian cattle. Fourth, had Mr. Gunn not claimed elective deductions for capital cost allowance in the years 2000 to 2004, his farm profits for those years would have increased (and losses would have decreased).

[13] Counsel for the Crown agreed, in his submissions at the end of the hearing in the Tax Court, that Mr. Gunn's farming business had a potential for income in the years in issue as well as in later years, but he argued that the farm income potential would never match the potential for income from Mr. Gunn's law practice. The Judge accepted that Mr. Gunn has been seriously committed to farming as a business for more than 35 years, that during the years under appeal he remained as committed to it as ever, that he remains fully committed to it, and that he intends to continue both practicing law and farming for the foreseeable future.

#### Section 31 of the *Income Tax Act*

[14] Section 31 of the *Income Tax Act* reads as follows:

**31.** (1) Where a taxpayer's chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income, for the purposes of sections 3 and 111 the taxpayer's loss, if any, for the year from all farming businesses carried on by the taxpayer shall be deemed to be the total of

et cela en raison de plusieurs dépenses exceptionnelles et plusieurs événements imprévus. D'abord, M. Gunn a consacré beaucoup d'argent à la remise en état des biens agricoles qu'il avait achetés durant cette période. À la date du procès, M. Gunn estimait qu'il n'aurait pas d'autres obligations à ce chapitre. Deuxièmement, il a fallu à M. Gunn quelques années pour passer de la production de tabac séché à l'air chaud à la production plus rentable de tabac Burley séché à l'air naturel. Troisièmement, en 2003 et par la suite, la rentabilité des activités d'élevage de M. Gunn, comme pour presque tous les éleveurs au Canada, a été touchée par la découverte de l'encéphalopathie spongiforme bovine (la maladie de la vache folle) dans certains troupeaux de bovins au Canada. Quatrièmement, si M. Gunn n'avait pas déduit certaines sommes au titre de la déduction pour amortissement durant les années 2000 à 2004, son bénéfice agricole pour ces années aurait été supérieur (et ses pertes auraient été moindres).

[13] L'avocat de l'intimée a reconnu, dans ses conclusions, à la fin de l'audience tenue devant la Cour de l'impôt, que l'entreprise agricole de M. Gunn offrait un potentiel de revenu pour les années en cause ainsi que pour les années ultérieures, mais il a fait valoir que le potentiel de revenu agricole n'atteindrait jamais le potentiel de revenu du cabinet d'avocats de M. Gunn. Le juge de la Cour de l'impôt a admis que M. Gunn avait véritablement fait de l'agriculture une activité professionnelle depuis plus de 35 ans, que, durant les années visées par l'appel, il s'y était consacré plus que jamais, qu'il s'y consacrait encore pleinement et qu'il entendait poursuivre dans les années à venir son travail de professionnel du droit et son travail d'éleveur.

#### L'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

[14] L'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se lit comme suit :

**31.** (1) Lorsque le revenu d'un contribuable, pour une année d'imposition, ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, pour l'application des articles 3 et 111, ses pertes pour l'année, provenant de toutes les entreprises agricoles exploitées par lui, sont réputées être le total des montants suivants :

(a) the lesser of

(i) the amount by which the total of the taxpayer's losses for the year, determined without reference to this section and before making any deduction under section 37 or 37.1, from all farming businesses carried on by the taxpayer exceeds the total of the taxpayer's incomes for the year, so determined from all such businesses, and

(ii) \$2,500 plus the lesser of

(A) 1/2 of the amount by which the amount determined under subparagraph (i) exceeds \$2,500, and

(B) \$6,250, and

(b) the amount, if any, by which

(i) the amount that would be determined under subparagraph (a)(i) if it were read as though the words "and before making any deduction under section 37 or 37.1" were deleted,

exceeds

(ii) the amount determined under subparagraph 31(1)(a)(i).

### Discussion

[15] The legal issues raised in this case require a determination of the meaning of the opening words of section 31 of the *Income Tax Act*. The interpretation of section 31 requires a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the *Income Tax Act* as a whole, and that achieves consistency, predictability and fairness so that taxpayers may manage their affairs intelligently: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraphs 10-12.

#### (a) Textual analysis

[16] The opening words of section 31 set out the test for its application. The test asks two questions. I refer to these as the "principal question" (Is farming the taxpayer's chief source of income?) and the "combination question" (Is the taxpayer's chief source of income a combination of farming and some other

a) la moins élevée des sommes suivantes :

(i) l'excédent du total de ses pertes pour l'année, déterminées compte non tenu du présent article et avant toute déduction prévue aux articles 37 ou 37.1 et provenant de toutes les entreprises agricoles exploitées par lui, sur le total des revenus, ainsi déterminés, qu'il a tirés pour l'année de ces entreprises,

(ii) 2 500 \$ plus la moins élevée des sommes suivantes :

(A) 1/2 de l'excédent du montant visé au sous-alinéa (i) sur 2 500 \$,

(B) 6 250 \$;

b) l'excédent éventuel de la somme visée au sous-alinéa (i) sur la somme visée au sous-alinéa (ii) :

(i) la somme qui serait déterminée en vertu du sous-alinéa a)(i) compte non tenu du passage « et avant toute déduction prévue aux articles 37 ou 37.1 »,

(ii) la somme déterminée en vertu du sous-alinéa a)(i).

### Examen

[15] Vu les points de droit soulevés dans cette affaire, il est nécessaire de définir le sens du passage introductif de l'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'interprétation de l'article 31 appelle une analyse textuelle, contextuelle et téléologique propre à lui donner le sens qui s'harmonise avec l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui assure l'uniformité, la prévisibilité et l'équité requises pour que les contribuables puissent organiser leurs affaires intelligemment : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, aux paragraphes 10 à 12.

#### a) Analyse textuelle

[16] Le passage introductif de l'article 31 précise le critère d'application. Le critère soulève deux questions. Je les appellerai la « question principale » (l'agriculture est-elle la principale source de revenu du contribuable?) et la « question de la combinaison » (la principale source de revenu du contribuable est-elle à la fois l'agriculture

source of income?). Section 31 applies only if the answer to both questions is no.

[17] The remainder of section 31 states its effect (an issue which in the current case is not controversial).

[18] A straightforward textual analysis leaves two important questions unanswered. First, what is the meaning of the phrase “chief source of income” (which is not defined in the *Income Tax Act*)? Second, does a positive answer to the combination question require farming to be predominant?

(b) Statutory context

[19] The relevant statutory context includes the regime in the *Income Tax Act* for the determination and tax treatment of business profits and business losses, and the special rules applicable to the determination and tax treatment of the profit and loss of a farming business. For the purposes of the *Income Tax Act*, the word “farming” is defined as follows [subsection 248(1)]:

**248. (1) . . .**

“farming” includes tillage of the soil, livestock raising or exhibiting, maintaining of horses for racing, raising of poultry, fur farming, dairy farming, fruit growing and the keeping of bees, but does not include an office or employment under a person engaged in the business of farming;

[20] Generally, a taxpayer who operates a business is subject to tax on the profit earned from that business in a particular year. If the operation of the business results in a loss for a particular year, that loss may be deducted from the taxpayer’s other income for that year. The annual profit or loss of a business may be determined by any method that produces an accurate picture of the financial result of the operation of the business for the year, and is consistent with the provisions of the *Income Tax Act*, established case law principles, and well-

et une autre source de revenu?). L’article 31 ne s’applique que si la réponse aux deux questions est négative.

[17] Le reste de l’article 31 énonce les conséquences de son application (en l’espèce, cela n’est pas matière à controverse).

[18] La simple analyse textuelle laisse sans réponse deux questions importantes. D’abord, quel est le sens de l’expression « principale source de revenu » (une expression qui n’est pas définie dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*)? Deuxièmement, une réponse positive à la question de la combinaison signifie-t-elle que l’agriculture doit être prédominante?

b) Contexte légal

[19] Le contexte légal à retenir comprend le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu* en ce qui a trait au calcul et au traitement fiscal des bénéfices d’entreprise et des pertes d’entreprise, et les règles spéciales applicables au calcul et au traitement fiscal du bénéfice et de la perte d’une entreprise agricole. Aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le terme « agriculture » est défini ainsi [paragraphe 248(1)]:

**248. (1) [ . . . ]**

« agriculture » Sont compris dans l’agriculture la culture du sol, l’élevage ou l’exposition d’animaux de ferme, l’entretien de chevaux de course, l’élevage de la volaille, l’élevage des animaux à fourrure, la production laitière, la pomoculture et l’apiculture. Ne sont toutefois pas visés par la présente définition la charge ou l’emploi auprès d’une personne exploitant une entreprise agricole.

[20] En général, le contribuable qui exploite une entreprise doit payer l’impôt sur les bénéfices tirés de cette entreprise au cours d’une année donnée. Si l’exploitation de l’entreprise se solde par une perte au cours d’une année donnée, cette perte peut être déduite des autres revenus du contribuable pour ladite année. Le bénéfice annuel ou la perte annuelle de l’entreprise peuvent être déterminés par toute méthode qui donne une image exacte des résultats financiers de l’entreprise pour l’année, et qui s’accorde avec la *Loi de l’impôt sur*

accepted business principles: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at paragraph 53.

[21] The *Income Tax Act* provides a number of special rules for the determination of the profit or loss of a farming business. They are found in sections 28 [as am. by S.C. 1994, c. 7, sch. II, s. 18; 1995, c. 21, s. 7; 1998, c. 19, s. 83; 2001, c. 17, s. 18] to 31.

[22] Pursuant to section 28, the profit or loss of a farming business may be determined by a special method of cash-basis accounting (that method also may be used to determine the profit or loss of a fishing business). Most businesses are required to use accrual accounting (that is, they must record as revenue all amounts that are receivable, and record as expenses all amounts for which a liability has been incurred). Accrual accounting generally is considered to produce a more accurate picture of income than the cash method, but the statutory cash-basis method of accounting for farmers is simpler to use than accrual accounting, and it may result in a better matching of the cash flow of the business to the tax liability for any profit, or tax relief for any loss, as the case may be. A taxpayer who chooses to use the cash method of computing the profit or loss of a farming business may treat the cost of inventory as an expense (up to its fair market value). However, a mandatory inventory adjustment precludes a taxpayer from using inventory purchases to create or increase a farming loss (paragraph 28(1)(c) of the *Income Tax Act*).

[23] Section 29 establishes the tax consequences of the disposition of an animal that forms part of a "basic herd". This provision was enacted in 1972 [S.C. 1970-71-72, c. 63] as a transition from the pre-1972 tax regime (in which a herd of animals could be treated as a capital asset, the disposition of which would result in tax-free gains), to the current regime in which a

*le revenu*, les principes dégagés par la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus : *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au paragraphe 53.

[21] La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient plusieurs règles spéciales permettant de calculer le bénéfice ou la perte d'une entreprise agricole. Ces règles se trouvent dans les articles 28 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 18; 1995, ch. 21, art. 7; 1998, ch. 19, art. 83; 2001, ch. 17, art. 18] à 31.

[22] Conformément à l'article 28, le bénéfice ou la perte d'une entreprise agricole peuvent être déterminés selon une méthode spéciale, celle de la comptabilité de caisse (qui peut aussi servir à calculer le bénéfice ou la perte d'une entreprise de pêche). La plupart des entreprises sont tenues d'utiliser la méthode de la comptabilité d'exercice (c'est-à-dire qu'elles doivent comptabiliser dans leurs revenus toutes les sommes qui sont à recouvrer, et comptabiliser dans leurs dépenses toutes les sommes pour lesquelles une charge a été engagée). On considère en général que la comptabilité d'exercice donne une image plus fidèle du revenu que la comptabilité de caisse, mais, pour les agriculteurs, la méthode officielle de la comptabilité de caisse est plus simple à utiliser que la méthode de la comptabilité d'exercice, et elle offre sans doute une meilleure corrélation de la trésorerie de l'entreprise avec leur situation fiscale, tant pour les pertes que pour les bénéfices. Le contribuable qui choisit de recourir à la comptabilité de caisse pour calculer le bénéfice ou la perte de son entreprise agricole peut traiter le coût de ses stocks comme une dépense (à concurrence de leur juste valeur marchande). Toutefois, un rajustement obligatoire pour stocks empêche le contribuable d'utiliser des acquisitions de stocks pour créer ou augmenter une perte agricole (alinéa 28(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*).

[23] L'article 29 précise l'impact fiscal de la disposition d'un animal qui fait partie d'un « troupeau de base ». Cette disposition a été promulguée en 1972 [S.C. 1970-71-72, ch. 63] pour effectuer la transition du régime fiscal antérieur à 1972 (dans lequel un troupeau d'animaux pouvait être considéré comme un bien immobilisé dont la disposition pouvait induire des gains

herd is treated as inventory.

[24] Section 30 permits the cost of clearing land, levelling land or installing a land drainage system to be deducted as a current expense of a farming business. For most other businesses, expenditures on improvements to land would not be deductible, but would be treated as capital expenditures comprising part of the cost of the land.

[25] Section 31 limits the entitlement of certain farmers to claim a deduction for the losses of a farming business. As mentioned above, a taxpayer who incurs a loss from the operation of a business in a year is entitled to deduct that loss from other income of the year. Section 31 provides an exception to this general rule in the case of certain farming losses. If section 31 applies, the maximum deduction is \$8,750 for a loss from a farming business.

[26] I see nothing in the scheme of the *Income Tax Act* relating to the determination and tax treatment of farm profits and losses that sheds light on the meaning of the phrase “chief source of income” in section 31, or the manner in which the combination question should be addressed. I have been able to find no provision of the current *Income Tax Act* that is analogous to the “chief source of income” test or the combination question in section 31.

[27] I turn now to the legislative history to see if it provides any clues. Section 31 has its roots in Canada’s first income tax legislation, *The Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1917, c. 28. Section 4 of that statute imposed an income tax on “income”, which was defined in section 3 to include, among other things, the profit of any “profession or calling, or from any trade, manufacture or business”.

[28] A number of paragraphs within section 3 of *The Income War Tax Act, 1917* set out specific rules for the

exonérés d’impôt) au régime actuel, dans lequel un troupeau est considéré comme partie des stocks.

[24] L’article 30 permet de déduire, à titre de dépenses courantes d’une entreprise agricole, le coût du défrichage ou du nivellement de la terre, ou de l’installation d’un système de drainage. Pour la plupart des autres entreprises, les dépenses d’amélioration du sol ne sont pas déductibles, mais sont considérées comme des dépenses en capital comprises dans le coût du bien-fonds.

[25] L’article 31 limite le droit de certains agriculteurs de déduire les pertes de l’entreprise agricole. Comme nous l’avons vu plus haut, le contribuable qui subit une perte au titre de l’exploitation d’une entreprise au cours d’une année a le droit de déduire cette perte de ses autres revenus de l’année. L’article 31 prévoit une exception à cette règle générale pour certaines pertes agricoles. Si l’article 31 s’applique, la déduction maximale est de 8 750 \$ pour la perte résultant d’une entreprise agricole.

[26] Je ne vois, dans le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu* se rapportant au calcul et au traitement fiscal des bénéfices et pertes agricoles, aucune disposition qui éclaire le sens de l’expression « principale source de revenu », dans l’article 31, ou qui éclaire la manière dont il convient de répondre à la question de la combinaison. Je n’ai pu trouver dans l’actuelle *Loi de l’impôt sur le revenu* aucune disposition qui soit analogue au critère de la « principale source de revenu » ou à la question de la combinaison dont parle l’article 31.

[27] Je passe maintenant à l’historique de la loi pour voir s’il peut nous éclairer. L’article 31 a pour origine la première loi canadienne en matière d’impôt sur le revenu, à savoir la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28. Selon l’article 4 de cette Loi, était imposé le « revenu », un terme qui, selon l’article 3, comprenait, entre autres, le bénéfice tiré d’une « profession ou vocation, ou de tout commerce, industrie ou affaire ».

[28] Plusieurs alinéas de l’article 3 de la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917* prévoyaient des

computation of profit. In 1919, paragraph 3(f) was added by S.C. 1919, c. 55, s. 2, to prevent the income from a taxpayer's chief source of income from being reduced by a loss transaction that was not connected with the taxpayer's chief source of income.

[29] In 1920 [S.C. 1920, c. 49, s. 2], a further amendment was made to empower the Minister to determine whether a transaction resulting in a loss was connected with a taxpayer's chief source of income. The Minister's determination was stated to be "final and conclusive". That was one of a number of provisions in *The Income War Tax Act, 1917* that gave the Minister very wide discretionary powers with respect to the determination of profits and losses for income tax purposes.

[30] By S.C. 1923, c. 52, s. 1, paragraph 3(f) was replaced with a rule that deemed the income of a taxpayer to be not less than the income derived from the taxpayer's chief source of income. The Minister was given the discretion to determine, finally and conclusively, which one or more sources of income, or which combination of sources, constituted a taxpayer's chief source of income. It is worth noting that after the 1923 amendment, the word "connected" no longer appears in paragraph 4(f), suggesting that a combination of sources of income could include unrelated sources.

[31] In the 1927 consolidation of federal statutes, the *Income War Tax Act* was amended in a number of minor respects (R.S.C. 1927, c. 97). Paragraph 3(f) became section 10. The two provisions are substantially the same.

[32] There is no jurisprudence on section 10 of the *Income War Tax Act*, perhaps because of the provision that the Minister's determination would be final and conclusive. Generally, the courts respected the finality of a ministerial determination unless it could be shown that the Minister failed to exercise his discretion in good faith or to act upon proper principles (*Pioneer Laundry*

règles précises pour le calcul du bénéfice. En 1919, l'alinéa 3f) fut ajouté par S.C. 1919, ch. 55, art. 2, pour faire en sorte que le revenu tiré de la principale source de revenu d'un contribuable ne puisse pas être réduit par l'effet d'une perte non rattachée à la principale source de revenu du contribuable.

[29] En 1920 [S.C. 1920, ch. 49, art. 2], une autre modification fut apportée à la loi; elle habilitait le ministre à dire si une opération entraînant une perte était ou non rattachée à la principale source de revenu d'un contribuable. La disposition modificatrice prévoyait que la décision du ministre était « finale et péremptoire ». C'était là l'une de plusieurs dispositions de la *Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917* qui conféraient au ministre de très larges pouvoirs discrétionnaires quant au calcul des bénéfices et des pertes aux fins de l'impôt sur le revenu.

[30] Dans une modification apportée par S.C. 1923, ch. 52, art. 1, l'alinéa 3f) fut remplacé par la règle selon laquelle le revenu d'un contribuable était réputé ne pas être inférieur au revenu tiré de la principale source de revenu du contribuable. Le ministre avait le pouvoir de dire, à titre définitif et péremptoire, quelle(s) source(s) de revenu, ou quelle combinaison de sources, constituai(en)t la principale source de revenu d'un contribuable. Il convient de noter que, après la modification de 1923, le mot « rattaché » (*connected*) n'apparaît plus dans l'alinéa 4f), ce qui donne à penser qu'une combinaison de sources de revenus pouvait englober des sources non apparentées.

[31] Dans la codification de 1927 des lois fédérales, la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* a connu un certain nombre de modifications mineures (S.R.C. 1927, ch. 97). L'alinéa 3f) devenait l'article 10. Les deux dispositions sont essentiellement les mêmes.

[32] Il n'existe aucune jurisprudence relative à l'article 10 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, sans doute en raison de la disposition selon laquelle la décision du ministre était finale et péremptoire. En général, les tribunaux s'inclinaient devant le caractère définitif d'une décision ministérielle à moins que l'on pût prouver que le ministre n'avait pas exercé son

and *Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1940] A.C. 127 (P.C.); *D.R. Fraser and Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.)). There are no cases relating to the proper principles for the exercise of the Minister's discretion under section 10 of the *Income War Tax Act*.

[33] In 1948, a new Income Tax Act ([*The Income Tax Act*] S.C. 1948, c. 52) was enacted to replace the *Income War Tax Act*. The 1948 Income Tax Act was similar in structure to the current *Income Tax Act*. Many of the provisions that gave the Minister discretionary authority in the matter of the determination of income and losses were omitted or were amended so that a ministerial determination would not be final and conclusive. Section 10 of the *Income War Tax Act* survived as subsections 13(1) and (2) of the 1948 Income Tax Act. Subsection 13(1) deemed the income of a person for a year to be "not less than his income for the year from his chief source of income." Subsection 13(2) gave the Minister the discretion to determine "which source of income or sources of income combined is a taxpayer's chief source of income". As there was no provision making that determination final and conclusive, the determination of "chief source of income" became subject to appeal (*Minister of National Revenue v. Barbara A. Robertson*, [1954] Ex. C.R. 321, at page 331). However, it remained the case that no statutory guidelines were provided for the application of section 13.

[34] By S.C. 1950-51, c. 51, section 4, the first statutory predecessor to the current section 31 was enacted as subsections 13(3) and (4) of the 1948 *Income Tax Act*, effective for the 1949 taxation year. Those provisions are substantially the same as the current section 31, except that the maximum amount of the restriction was \$5,000.

pouvoir discrétionnaire de bonne foi ou n'avait pas agi dans le respect des principes applicables (*Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1940] A.C. 127 (P.C.); *D.R. Fraser and Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] A.C. 24 (P.C.)). Il n'y a pas de jurisprudence se rapportant aux principes applicables en ce qui a trait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre selon l'article 10 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*.

[33] En 1948, une nouvelle Loi de l'impôt sur le revenu ([*Loi de l'impôt sur le revenu*] S.C. 1948, ch. 52) fut promulguée en remplacement de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*. La *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1948 était semblable, dans sa structure, à l'actuelle *Loi de l'impôt sur le revenu*. Nombre des dispositions qui conféraient au ministre un pouvoir discrétionnaire pour le calcul des revenus et des pertes en étaient absentes, ou étaient remaniées, de telle sorte que la décision ministérielle n'était plus finale et péremptoire. L'article 10 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* subsistait, constituant désormais les paragraphes 13(1) et (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1948. Selon le paragraphe 13(1), le revenu d'une personne pour une année était réputé ne pas être « inférieur à son revenu pour l'année provenant de sa source principale de revenu ». Le paragraphe 13(2) conférait au ministre le pouvoir de dire « quelle source de revenu ou quelles sources de revenus réunies constituent la principale source de revenu d'un contribuable ». Comme aucune disposition ne prévoyait que la décision du ministre était finale et péremptoire, la décision relative à la « principale source de revenu » pouvait faire l'objet d'un appel (*Minister of National Revenue v. Barbara A. Robertson*, [1954] R.C.É. 321, à la page 331). Il n'en demeurerait pas moins que la loi ne comportait aucune directive quant à l'application de l'article 13.

[34] Dans la modification apportée par S.C. 1950-51, ch. 51, article 4, la première disposition légale qui devait aboutir à l'actuel article 31 était constituée par les paragraphes 13(3) et (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1948, applicables à compter de l'année d'imposition 1949. Ces dispositions sont pour l'essentiel identiques à l'actuel article 31, si ce n'est que le montant maximal de la restriction était de 5 000 \$.

[35] Read in the context of the 1948 *Income Tax Act*, the original version of the farm loss restriction was a relieving provision. Before the enactment of the original version of the farm loss restriction, a taxpayer who suffered a farming loss but whose chief source of income was not farming (or a combination of farming and something else) would be entitled to no tax relief for the farm losses because of the general loss restriction in subsections 13(1) and (2). However, once subsections 13(3) and (4) were enacted, that same taxpayer would be entitled to claim farming losses to a maximum of \$5,000.

[36] The relieving nature of the original farm loss restriction was explained in a speech made in Parliament by the then Minister of Finance, The Honourable Douglas Abbott (*House of Commons Debates*, 4th Session, 21st Parliament, Volume V, June 13, 1951, at page 4054; quoted in *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418 (C.A.), at page 423):

[T]his section is intended to give some measure of relief to those who may be colloquially known as gentlemen farmers, whose principal occupation is not farming. Again this confirms what was a practice over a great many years, during which the income tax branch allowed 50 per cent of the cash losses incurred in this type of farming; secondary income; and by cash losses it meant without charging depreciation. It was a rule which as it developed, probably was not strictly justified under the act. We had a great many representations that the practice which had existed for many years, I believe going back to the early twenties, should be maintained. It was felt that it would not be appropriate to do so without any limit, because some might run very elaborate farms with very large losses in fancy horses and that sort of thing. Probably it would not be fair to allow such losses without limit, so the present section was inserted fixing a limit of \$5,000.

[37] The general loss restriction in subsections 13(1) and (2) was repealed by S.C. 1952, c. 29, section 4,

[35] Lue dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1948, dans sa version originale, la restriction applicable aux pertes agricoles était une disposition d'allègement fiscal. Avant l'adoption, dans sa version originale, de la restriction applicable aux pertes agricoles, le contribuable qui subissait une perte agricole, mais dont la principale source de revenu n'était pas l'agriculture (ni une combinaison de l'agriculture et de quelque chose d'autre), n'avait droit à aucun allègement fiscal pour la perte agricole, en raison de la restriction applicable aux pertes générales prévue dans les paragraphes 13(1) et (2). Cependant, une fois promulgués les paragraphes 13(3) et (4), le même contribuable avait le droit de déduire sa perte agricole jusqu'à concurrence de 5 000 \$.

[36] L'allègement apporté par la restriction initiale applicable aux pertes agricoles fut expliqué dans un discours prononcé au Parlement par le ministre des Finances de l'époque, l'honorable Douglas Abbott (*Débats de la Chambre des communes*, 4<sup>e</sup> session, 21<sup>e</sup> législature, volume V, 13 juin 1951, à la page 4161; cité dans l'arrêt *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.), à la page 423) :

[C]et article est destiné à soulager, dans une certaine mesure, ceux qu'on appelle familièrement les « gentlemen farmers », dont la profession principale n'est pas l'agriculture. On confirme par là une habitude vieille déjà de plusieurs années, au cours desquelles la division de l'impôt sur le revenu autorisait la déduction de la moitié des pertes en espèces subies du fait de ce genre d'exploitation agricole. Comme il s'agissait là d'un revenu supplémentaire, seules étaient déductibles les pertes en espèces; la dépréciation ne l'était pas. On avait ainsi pris une habitude qui n'était peut-être pas tout à fait conforme à la loi. De toutes parts on nous a fait observer qu'il y aurait lieu de maintenir la pratique en vigueur depuis des années, et qui remonte, je crois, au début des années 20. On a jugé qu'il ne conviendrait pas d'autoriser ces déductions sans établir de limite, parce qu'on pourrait exploiter des fermes de grande classe et subir des pertes considérables du fait de l'élevage de chevaux de race et autres choses semblables. Il ne serait probablement pas juste d'autoriser la déduction illimitée de ces pertes et c'est pour cette raison qu'on a inséré la présente disposition qui fixe la limite à \$5,000.

[37] La restriction applicable aux pertes générales prévue aux paragraphes 13(1) et (2), fut abrogée par

effective for the 1952 taxation year. However, the farm loss restriction remained, and it remains still (except for the occasional change in the formula by which the amount of the restriction is determined).

[38] The only explanation I can find for the 1952 amendment is in an exchange in Parliament (*House of Commons Debates*, 6th Session, 21st Parliament, Volume III, May 27, 1952, at page 2626 ff; quoted in *Morrissey*, cited above, at pages 424-425)). Mr. Abbott, the then Minister of Finance, said that the general loss restriction was no longer needed, but the more specific farm loss restriction was needed to deal with the problem of “gentlemen farmers” who never make money from their farms, but claim their losses for tax purposes. The meaning of the term “gentlemen farmers” is not clear, but one Member of Parliament referred to them as people who “make their money in the city and lose it in the country.” In my view, it remains unclear why the farmers who had been singled out for special relief in 1949 were subjected, in 1952, to a more onerous tax burden than the operators of other kinds of businesses.

[39] In 1966, The Royal Commission on Taxation, known as the Carter Commission, published an extensive and detailed report on income and sales tax reform [*Report of the Royal Commission on Taxation*]. The question of farm losses was a minor aspect of the report (three pages out of a seven-volume report). The Carter Commission accepted that in principle, the deduction of a farm loss should not be permitted in the case of a farm maintained primarily as a hobby or for personal rather than business purposes, but the Commission recommended that the vague test in section 13 be replaced with a bright-line test, such as a maximum lifetime limit on farm losses, or the disallowance of all losses from a farm that showed a loss in three years out of five. Those recommendations were not accepted.

S.C. 1952, ch. 29, article 4, en vigueur pour l’année d’imposition 1952. Cependant, la restriction applicable aux pertes agricoles demeurait, et elle est toujours en vigueur (sauf qu’est modifiée parfois la formule d’après laquelle est établi le montant de la restriction).

[38] La seule explication que je puisse trouver de la modification de 1952 apparaît dans des propos échangés au Parlement (*Débats de la Chambre des communes*, 6<sup>e</sup> session, 21<sup>e</sup> législature, volume III, 27 mai 1952, à la page 2626 et suivantes; cité dans l’arrêt *Morrissey*, précité, aux pages 424 et 425). M. Abbott, alors ministre des Finances, disait que la restriction applicable aux pertes générales n’était plus nécessaire, mais que la restriction applicable aux pertes agricoles, une restriction plus spécifique, était nécessaire pour régler la question des « *gentlemen farmers* » qui ne font jamais de profits grâce à leurs exploitations, mais déduisent leurs pertes à des fins fiscales. Le sens du terme « *gentlemen farmers* » n’est pas clair, mais, selon un député fédéral, il s’agissait des gens qui [TRADUCTION] « gagnent leur argent à la ville et le perdent à la campagne ». À mon avis, il est encore difficile de dire pourquoi les agriculteurs à qui l’on avait conféré en 1949 un allègement spécial furent assujettis en 1952 à un fardeau fiscal plus onéreux que les exploitants d’autres types d’entreprises.

[39] En 1966, la Commission royale sur la fiscalité, appelée Commission Carter, a publié un rapport approfondi et fouillé sur la réforme de l’impôt sur le revenu et de la taxe de vente [*Rapport de la Commission royale d’enquête sur la fiscalité*]. La question des pertes agricoles constituait un aspect mineur du rapport (trois pages d’un rapport en sept volumes). La Commission Carter admettait que, par principe, la déduction d’une perte agricole ne devait pas être autorisée dans le cas d’une exploitation gérée surtout comme passe-temps ou à des fins personnelles plutôt que professionnelles, mais la Commission recommandait que le critère flou de l’article 13 soit remplacé par un critère précis, par exemple une limite maximale cumulative quant aux pertes agricoles, ou la non-déductibilité de toutes les pertes d’une entreprise agricole qui affichait une perte pour trois années sur cinq. Ces recommandations n’ont pas été retenues.

[40] The federal government's response to the Carter Commission Report was a White Paper entitled *Proposal for Tax Reform*, published in 1969 by then Minister of Finance E. J. Benson. The 1969 White Paper had little to say about section 13. The following appears at page 69 of the 1969 White Paper:

5.52. Section 13 of the Income Tax Act limits the deductibility for tax purposes of losses suffered on the operation of what are commonly referred to as "hobby farms". A taxpayer who is not primarily a farmer can deduct only \$5,000 of farming losses annually from his other income—all of the first \$2,500 and half of the next \$5,000.

5.53. Because this provision is intended to prohibit the deduction of personal expenses from taxable income, it would remain in the Act under the new system. A taxpayer would, however, be allowed to reduce these non-deductible losses by capitalizing property taxes on the farm and interest paid on loans related to the purchase of the farm. By "capitalizing" we mean adding the amount involved to the cost to the taxpayer of the farm. This procedure would reduce the capital gain taxed on the sale of the farm, but it would not be allowed to increase the capital loss that may be deducted.

[41] Item 5.53 of the 1969 White Paper suggests that the purpose of the restriction on farm losses in section 13 was to prohibit the deduction of hobby farm losses, which is equated to the notion of the prohibition on the deduction of personal expenses. That suggests to me that the term "hobby farm" was used to denote a farming operation carried on for personal or social purposes, rather than as a business. In my view, this reflects a misapprehension of the purpose of section 13; that misapprehension was corrected by Justice Dickson in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 (this is discussed in more detail below).

[42] In 1972, a new income tax law was enacted as the result of the 1969 White Paper: *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. That statute enacted major tax reforms including the introduction of the capital gains tax. What had been section 13 of the 1948 Income Tax Act became section 31 of the 1972 *Income Tax Act*, with

[40] La réponse du gouvernement fédéral au rapport de la Commission Carter fut le Livre blanc intitulé *Propositions de réforme fiscale*, publié en 1969 par le ministre des Finances de l'époque, E. J. Benson. Le Livre blanc de 1969 avait peu de choses à dire sur l'article 13. On peut lire ce qui suit, à la page 76 du Livre blanc de 1969 :

5.52. L'article 13 de la Loi de l'impôt sur le revenu limite la faculté de déduire à des fins fiscales les pertes subies dans l'exploitation de ce qu'on nomme communément les fermes d'agrément. Un contribuable qui n'est pas essentiellement cultivateur peut déduire seulement \$5,000 de pertes annuelles d'exploitation de ses autres revenus—la totalité des premiers \$2,500 de pertes et la moitié de la tranche suivante de \$5,000.

5.53. Comme cette disposition vise à empêcher la déduction de dépenses personnelles du revenu imposable, le nouveau régime prévoit que la Loi la conservera. Toutefois, un contribuable pourra réduire ces pertes non déductibles en capitalisant les impôts fonciers sur la ferme et les intérêts des emprunts effectués pour l'acquisition de la ferme. Par « capitaliser » nous entendons l'adjonction de la somme en cause au prix d'achat de la ferme. Cette façon d'agir réduirait le gain de capital qui serait imposé lors de la vente de la ferme, mais il ne serait pas permis d'augmenter le montant de la perte de capital pouvant être déduite.

[41] Le paragraphe 5.53 du Livre blanc de 1969 laissait entendre que l'objet de la restriction applicable aux pertes agricoles, de l'article 13, était d'interdire la déduction des pertes d'une ferme d'agrément, ce qui correspond à l'idée d'interdire la déduction de dépenses personnelles. Il me vient à l'esprit que l'expression « ferme d'agrément » était employée pour désigner une exploitation agricole gérée à des fins personnelles ou sociales, plutôt que comme entreprise. À mon avis, cette manière de voir traduit une incompréhension de l'objet de l'article 13; cette incompréhension a été rectifiée par le juge Dickson dans l'arrêt *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480 (ce point est examiné plus en détail ci-après).

[42] En 1972, une nouvelle loi de l'impôt sur le revenu fut promulguée dans le sillage du Livre blanc de 1969 : *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Ce texte consacrait d'importantes réformes fiscales, notamment l'adoption de l'impôt sur les gains en capital. L'article 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

no changes. The suggestion in item 5.53 of the 1969 White Paper for a capital gain adjustment for property taxes and interest incurred to acquire farm land was accepted, and it remains part of the current *Income Tax Act*. Since 1972, there have been no substantial changes to the statutory tests for the application of section 31.

[43] The legislative history outlined above demonstrates little more than this: originally, the determination of whether a farmer was subject to a loss limitation was a matter of unfettered ministerial discretion, but it is now a statutory test with no explicit statutory guidelines.

[44] Nothing in the legislative history helps to explain the meaning of the phrase “chief source of income”, or the manner in which the combination question should be addressed. References in the parliamentary debates to “gentlemen farmers”, or to those who “make their money in the city and lose it in the country”, are not helpful in elucidating the statutory test. Neither is the reference to “hobby farmers” in the 1969 White Paper.

#### (c) Purpose of section 31

[45] To the extent that the purpose of a tax provision is determined by its effect, it could be said that the purpose of section 31 is to preclude certain farmers from claiming tax relief for farming losses in excess of a statutory threshold (currently \$8,750). But why are some farmers chosen for this particular tax burden and not others?

[46] In 1944, Heward Stikeman, then the Assistant Deputy Minister of the Department of National Revenue, made some comments on the general loss restriction in section 10 of the *Income War Tax Act* (*Special Lectures of the Law Society of Upper Canada on Taxation*, published by Richard De Boo Limited, 1944, at pages 121-124). The title of his lecture was “Transactions to Avoid or Minimize Tax”. Mr.

de 1948 devenait l'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1972; le texte était identique. La proposition faite au paragraphe 5.53 du Livre blanc de 1969 en faveur d'un rajustement des gains en capital au titre des impôts fonciers et des intérêts payés pour l'acquisition d'une terre agricole fut acceptée, et elle constitue une partie intégrante de l'actuelle *Loi de l'impôt sur le revenu*. Depuis 1972, aucun changement majeur n'a été apporté aux critères légaux encadrant l'application de l'article 31.

[43] L'historique de la loi évoqué plus haut ne nous enseigne qu'une chose : à l'origine, la question de savoir si un agriculteur était soumis à une limite quant à ses pertes relevait du pouvoir entièrement discrétionnaire du ministre, mais aujourd'hui s'applique un critère légal, dépourvu de lignes directrices explicites.

[44] L'historique de la loi ne permet pas d'expliquer le sens de l'expression « principale source de revenu », ni la manière de répondre à la question de la combinaison. Les débats parlementaires font référence aux « *gentlemen farmers* » ou à ceux qui « gagnent leur argent à la ville et le perdent à la campagne », mais ces expressions ne permettent pas d'éclaircir le critère prévu par la loi. La référence aux « fermes d'agrément », dans le Livre blanc de 1969, ne le permet pas non plus.

#### c) Objet de l'article 31

[45] Dans la mesure où l'objet d'une disposition fiscale est déterminé par son effet, on pourrait dire que l'objet de l'article 31 est d'empêcher certains agriculteurs de bénéficier d'un allègement fiscal pour des pertes agricoles dépassant un seuil prévu par la loi (actuellement 8 750 \$). Mais pourquoi certains agriculteurs, et pas d'autres, doivent-ils subir ce fardeau fiscal particulier?

[46] En 1944, Heward Stikeman, alors sous-ministre adjoint au ministère du Revenu national, fit certaines observations sur la restriction applicable aux pertes générales, restriction énoncée dans l'article 10 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* (*Special Lectures of the Law Society of Upper Canada on Taxation*, publiées par Richard De Boo Limited, 1944, aux pages 121-124). Le titre de sa conférence était [TRADUCTION]

Stikeman offered the following explanation for the existence of section 10:

An example of this would be the case of an individual who maintained an active manufacturing business and at the same time operated a dairy farm. It might be that both activities were carried on equally for profit, yet the one can clearly be said to be the principal occupation and the other a secondary occupation. In such a case the taxpayer could not be permitted to charge his farm losses against the profits from his manufacturing business since they did not bear any direct relationship to the latter, nor were they properly incurred to earn them.

[47] This explanation suggests that, for the purposes of section 10 of the *Income War Tax Act*, two activities would not be “combined” to comprise a taxpayer’s “chief position, occupation, trade, business or calling” unless they were directly related, or the expenses of one were incurred to earn the income of the other. That explanation is not particularly satisfactory. First, if either of those conditions were met, it is arguable that there would be one enterprise, not two. Second, this explanation ignores the 1923 amendment to the statutory predecessor to section 10, which removed the test of “connectedness” in the determination of a whether a taxpayer’s chief source of income was a “combination” of two or more sources.

[48] Mr. Stikeman goes on to suggest that section 10 could also apply to solve the problem of “gentlemen farmers.” On that point, he says:

In the United States, somewhat the same problems arise in connection with gentleman farmers. It should be noted, however, that there is no provision similar to section 10 in the United States Tax Laws. There the decided cases indicated that the *bona fide* intention to run a farm at a profit cannot be denied by the fact that the farm is actually run at a loss. This of course presupposes sufficient surrounding facts and circumstances to establish the *bona fides* of the intention.

« Opérations destinées à éviter ou à minimiser l’impôt ». M. Stikeman a expliqué de la manière suivante l’existence de l’article 10 :

[TRADUCTION] À titre d’exemple, citons le cas de la personne qui exploite activement une entreprise manufacturière et simultanément exploite une ferme laitière. Il se pourrait que les deux activités soient toutes deux exercées à des fins lucratives, mais l’on peut clairement affirmer que l’une est l’occupation principale et l’autre une occupation secondaire. Dans un tel cas, le contribuable ne pourrait pas être autorisé à déduire ses pertes agricoles des bénéfices de son entreprise manufacturière puisque lesdites pertes n’ont aucun lien direct avec les bénéfices et qu’elles n’ont pas été véritablement encourues pour réaliser lesdits bénéfices.

[47] Cette explication donne à penser que, aux fins de l’article 10 de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, deux activités ne pouvaient pas être « combinées » de manière à constituer « son principal emploi, métier ou commerce, ou de sa principale occupation ou profession » d’un contribuable à moins qu’elles ne fussent directement apparentées ou à moins que les dépenses de l’une ne fussent engagées pour gagner les revenus de l’autre. Cette explication n’est pas vraiment satisfaisante. D’abord, si l’une ou l’autre de ces conditions est remplie, on pourrait soutenir qu’il n’y a qu’une seule entreprise et non deux. Deuxièmement, cette explication ne tient pas compte de la modification apportée en 1923 à la disposition qui allait devenir l’article 10, modification qui supprimait le critère du « rattachement » pour la question de savoir si la principale source de revenu d’un contribuable était une « combinaison » de deux ou plusieurs sources.

[48] M. Stikeman expliqua ensuite que l’article 10 pouvait aussi s’appliquer à la solution du problème des « *gentlemen farmers* ». Sur cet aspect, il s’exprime ainsi :

[TRADUCTION] Aux États-Unis, des problèmes plus ou moins semblables se posent en ce qui concerne les *gentlemen farmers*. Il convient de noter cependant qu’il n’y a, dans les lois fiscales des États-Unis, aucune disposition semblable à l’article 10. Selon la jurisprudence américaine, l’intention véritable d’exploiter une ferme à des fins lucratives ne peut être démentie par le fait que la ferme est en réalité exploitée à perte. Cela présuppose évidemment que les faits et circonstances entourant l’exploitation de la ferme suffisent à établir la réalité de l’intention.

...

[...]

Finally, the American jurisprudence is effectively summed up by Smith, J., in the case of *Marshall Field v. Commissioner of Internal Revenue*, 26 U.S.B.T.A. at page 123.

“From a consideration of all of them (the cases) we reached the conclusion that the intention of the taxpayer with respect to the operation of the farm is material. . . . If the taxpayer operates a farm with the intention of making a profit and not merely as a place of pleasure, exhibition and social diversion, the fact that losses may be sustained from the operation of the farm does not change the character of the enterprise from one operated for profit to one not operated for profit.”

[49] It is not clear what Mr. Stikeman meant by the phrase “gentlemen farmers.” It would appear that when Mr. Stikeman made these remarks in 1944, there was some concern that, but for section 10 of the *Income War Tax Act* or an equivalent provision, the expenses incurred in pursuing a hobby or other activity undertaken for “pleasure, exhibition and social diversion” might be deductible for income tax purposes, despite the lack of profit motive from such an activity. The same concern underlies the comments in the 1969 White Paper, quoted above.

[50] In 1977, that concern was found to have no foundation. In that year, it was established by *Moldowan* (cited above), that even without a provision like section 10 of the *Income War Tax Act* (or section 31 of the current *Income Tax Act*), a farm loss is not deductible unless the farming activity constitutes a business. The following appears in the judgment of Justice Dickson [as he then was], writing for the Supreme Court of Canada in *Moldowan*, at page 485 (emphasis added):

Although originally disputed, it is now accepted that in order to have a “source of income” the taxpayer must have a profit or a reasonable expectation of profit. Source of income, thus, is an equivalent term to business: *Dorfman v. M.N.R.* ([1972] C.T.C. 151.) See also s. 139(1)(ae) of the *Income Tax Act* which includes as “personal and living expenses” and therefore not deductible for tax purposes, the expenses of properties maintained by the taxpayer for his own use and

Enfin, la jurisprudence américaine est bien résumée par le juge Smith dans la décision *Marshall Field v. Commissioner of Internal Revenue*, 26 U.S.B.T.A., à la page 123 :

« Si l’on considère l’ensemble de la jurisprudence, nous arrivons à la conclusion que l’intention du contribuable en ce qui a trait à l’exploitation de la ferme a son importance [...] Si le contribuable exploite une ferme dans l’intention de réaliser un bénéfice et pas simplement comme lieu d’agrément, d’exposition ou de socialisation, alors le fait que l’exploitation de la ferme soit déficitaire ne change pas le caractère de l’entreprise, c’est-à-dire ne fait pas d’une activité à but lucratif une activité à but non lucratif. »

[49] On ne sait pas exactement ce que M. Stikeman entendait par « *gentlemen farmers* ». Il semblerait que, à l’époque où M. Stikeman faisait ces observations en 1944, on craignait que, n’eût été l’article 10 de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu* ou une disposition équivalente, les dépenses engagées dans la poursuite d’un passe-temps ou autre activité exercée pour « l’agrément, l’exposition ou la socialisation » fussent déductibles aux fins de l’impôt sur le revenu, malgré l’absence d’intention de tirer un bénéfice d’une telle activité. La même crainte constitue le fondement des commentaires, cités plus haut, du Livre blanc de 1969.

[50] En 1977, on a conclu que cette crainte était injustifiée. Cette année-là, il fut reconnu par l’arrêt *Moldowan* (susmentionné) que, même sans une disposition comme l’article 10 de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu* (ou l’article 31 de l’actuelle *Loi de l’impôt sur le revenu*), la perte agricole n’est pas déductible si l’activité agricole n’est pas une entreprise. Le juge Dickson [tel était alors son titre], qui s’exprimait pour la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Moldowan*, à la page 485 (non souligné dans l’original) notamment fait les observations suivantes :

Il y a d’abord eu controverse, mais il est maintenant admis que pour avoir une « source » de revenu, le contribuable doit avoir en vue un profit ou une expectative raisonnable de profit. L’expression source de revenu équivaut donc au terme entreprise : *Dorfman c. M.N.R.*, ([1972] C.T.C. 151). Voir également l’al. 139(1)(ae) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui inclut à titre de « frais personnels ou frais de subsistance », donc non déductibles aux fins de l’impôt, les dépenses

benefit, and not maintained in connection with a business carried on for profit or with a reasonable expectation of profit. If the taxpayer in operating his farm is merely indulging in a hobby, with no reasonable expectation of profit, he is disentitled to claim any deduction at all in respect of expenses incurred.

[51] If *Moldowan* established in 1977 that section 31 was not needed to stop non-commercial farmers from claiming farm losses, why has section 31 remained in effect? Parliament apparently believes that section 31 serves some purpose. However, it seems to me that the intended target of section 31 was unclear in 1977 when *Moldowan* was decided, and it remains unclear.

[52] Generally, when a provision of the *Income Tax Act* imposes a tax disadvantage on one group of taxpayers and not others, the tax policy underlying the provision may be inferred from the statutory conditions for its application. The distinction between farmers who are burdened by section 31, and those who are not, is based on a comparison between the economic characteristics of the farming business and the farmer's other taxable activities. What that may disclose about the tax policy underlying section 31, the meaning of the phrase "chief source of income", or the problem of how to answer the combination question, however, remains obscure.

[53] There has been considerable judicial criticism of section 31, beginning with Justice Dickson in *Moldowan* (cited above), who referred to it as [at page 482] "an awkwardly worded and intractable section and the source of much debate". See also the comments of Justice Marceau in his dissenting reasons in *R. v. Graham*, [1985] 2 F.C. 107 (C.A.) (at page 113 and following), as well as the comments of Justice Mahoney in *Morrissey*, cited above, at page 430, and Associate Chief Justice Jerome in *Poirier (Trustee of) v. M.N.R.* [1986] 1 C.T.C. 308 (F.C.T.D.). Most recently Justice Sexton, speaking for this Court in an oral judgment in *Watt v. Canada*, [2001] 2 C.T.C. 228 (F.C.A.), said this, at paragraph 15:

inhérentes aux propriétés entretenues par le contribuable pour son propre usage et avantage, et non entretenues relativement à une entreprise exploitée en vue d'un profit ou dans une expectative raisonnable de profit. Si le contribuable, en exploitant sa ferme, se livre simplement à un passe-temps, sans expectative raisonnable de profit, il ne peut réclamer aucune déduction pour les dépenses engagées.

[51] Si, selon la jurisprudence *Moldowan* de 1977, l'article 31 n'était pas nécessaire pour empêcher les agriculteurs non professionnels de déduire leurs pertes agricoles, pourquoi l'article 31 est-il resté en vigueur? Le législateur semble croire que l'article 31 a son utilité. Cependant, il m'apparaît que l'objectif du législateur dans l'article 31 était flou en 1977 lorsque fut rendu l'arrêt *Moldowan*, et qu'il le reste.

[52] En général, lorsqu'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait subir un désavantage fiscal à un groupe de contribuables et non sur les autres, la politique fiscale sous-jacente à la disposition peut se déduire des conditions légales de son application. La distinction entre les agriculteurs qui sont soumis à l'article 31 et ceux qui ne le sont pas se fonde sur une comparaison entre les caractéristiques économiques de l'entreprise agricole et celles des autres activités imposables de l'agriculteur. Ce que cela peut révéler sur la politique fiscale sous-jacente à l'article 31, sur le sens de l'expression « principale source de revenu » ou sur la question de savoir comment résoudre la question de la combinaison, reste toutefois obscur.

[53] Les tribunaux se sont montrés très critiques à l'endroit de l'article 31, à commencer par le juge Dickson dans l'arrêt *Moldowan* (susmentionné), qui l'a qualifié de [à la page 482] « paragraphe difficile, mal formulé et très controversé ». Voir aussi les motifs du juge Marceau dans sa dissidence dans l'arrêt *R. c. Graham*, [1985] 2 C.F. 107 (à la page 113 et suivantes), ainsi que les observations du juge Mahoney dans l'arrêt *Morrissey* (susmentionné), à la page 430, et celles du juge en chef adjoint Jerome dans l'arrêt *Poirier (Syndic de) c. M.R.N.*, [1986] 1 C.T.C. 308 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Plus récemment, le juge Sexton, s'exprimant pour la Cour dans un arrêt rendu oralement, *Watt c. Canada*, 2001 CAF 72, fit les observations suivantes, au paragraphe 15 :

While we feel bound by the authorities in this Court to dismiss this appeal, we cannot help but note the many section 31 cases being brought before the Tax Court and this Court producing sometimes conflicting results. Despite the appearance of unfairness in some of those cases, where a taxpayer with a well-paying job is also seriously involved in unprofitable farming but not a “hobby farm”, parliament has not re-examined this provision which Justice Dickson in 1977 described as an “awkwardly worded and intractable section”. Nor has the Supreme Court of Canada revisited this problem since 1977. Perhaps it is time to amend or at least clarify this provision to make it more suited to our time.

[54] After reviewing the authorities available to me, I have been able to find nothing that provides a satisfactory explanation for the existence of section 31 of the *Income Tax Act*. It would appear that in the past, some tax policy makers and tax policy advisers believed, incorrectly, that the statutory predecessors to section 31 were needed to control a particular form of tax abuse—treating the cost of a hobby farm (that is, a non-commercial farming activity undertaken solely for personal or social purposes) as a business loss. If the same flawed justification for section 31 survives to this day, there would be a cogent argument for a parliamentary review of section 31. However, that is not an issue that can be resolved in this case or by this Court.

#### (d) Jurisprudence

[55] Section 31 is one of the most litigated provisions in the *Income Tax Act*, but there are only a handful of cases that may be described as jurisprudential, as opposed to factual. The leading case on section 31 is *Moldowan*, cited above. Mr. Moldowan was appealing his income tax assessments for 1968 and 1969 on the basis that section 13 of the *Income Tax Act* (the statutory predecessor to section 31) did not apply to him. During the years 1960 to 1972, Mr. Moldowan had the following income and losses:

Bien que nous nous sentions obligés aux termes de la jurisprudence de notre Cour de rejeter le présent appel, nous ne pouvons pas nous empêcher de remarquer les nombreuses causes ayant trait à l'article 31 portées devant la Cour de l'impôt et la Cour qui donnent parfois lieu à des résultats contradictoires. En dépit de l'apparence d'injustice dans certaines de ces causes, lorsqu'un contribuable qui occupe un emploi bien rémunéré est également impliqué de façon importante dans une entreprise agricole déficitaire qui n'est pas une « ferme d'agrément », le législateur n'a pas réexaminé cette disposition que le juge Dickson a décrit en 1977 comme étant un « paragraphe difficile, mal formulé ». La Cour suprême du Canada ne s'est pas non plus penchée de nouveau sur cette question depuis 1977. Peut-être est-il temps de modifier ou du moins de clarifier cette disposition pour la rendre plus contemporaine.

[54] Après examen de la jurisprudence dont je dispose, il m'est impossible de trouver la raison d'être de l'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il semblerait que, par le passé, certains décideurs et conseillers en matière de politique fiscale ont cru, à tort, que les ancêtres de l'article 31 étaient nécessaires pour enrayer une forme particulière d'abus fiscal—le fait de traiter le coût d'une ferme d'agrément (c'est-à-dire d'une activité agricole non commerciale exercée uniquement à des fins personnelles ou sociales) comme une perte d'entreprise. Si la même explication, qui laisse à désirer, de l'article 31 est toujours d'actualité, alors le réexamen par le législateur de l'article 31 serait de mise. Cependant, ce n'est pas là une question qui puisse être réglée ici et il ne revient pas à la Cour de se prononcer à ce sujet.

#### d) Jurisprudence

[55] L'article 31 est l'une des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui a le plus donné lieu à un abondant contentieux, mais la plupart des décisions ont eu trait à des questions de fait et seules quelques décisions ont une valeur jurisprudentielle. La décision de principe quant à l'article 31 est l'arrêt *Moldowan* (susmentionné). M. Moldowan faisait appel de ses cotisations fiscales pour les années 1968 et 1969 et soutenait que l'article 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (l'actuel article 31) ne s'appliquait pas à lui. Durant les années 1960 à 1972, M. Moldowan avait déclaré les revenus et pertes qui suivent :

Year / Année	Employment (\$)/ Emploi (\$)	Investment (\$)/ Investissement (\$)	Business (\$)/ Revenu d'entreprise (\$)	Farming (\$)/ Revenu agricole (\$)	Rental (\$)/ Revenu locatif (\$)
1960	11,500	-0-	-0-	(1,213)	2,700
1961	15,600	-0-	-0-	(2,235)	(872)
1962	15,600	300	-0-	(1,718)	(750)
1963	15,900	39	-0-	1,593	(1,131)
1964	16,200	38	-0-	1,369	-0-
1965	15,900	1,364	-0-	(1,684)	-0-
1966	15,900	1,194	-0-	(885)	-0-
1967	13,500	1,625	-0-	(8,505)	-0-
1968	1,750	8,822	12,500	(21,907)	-0-
1969	17,833	17,049	-0-	(20,811)	-0-
1970	17,309	19,920	(914)	(7,536)	-0-
1971	6,607	7,657	17,416	(7,539)	-0-
1972	22,306	13,385	-0-	(4,038)	(312)

[56] During the years 1960 to 1967, Mr. Moldowan owned and was employed by Active Trading Ltd., a scrap company. His employment income during that period came from that company. In 1967 he sold that company and started Cascade News Ltd., which carried on the business of distributing racing forms. He received dividends from that company (investment income). In 1968 he started a manufacturing company, Cascade Fasteners Ltd., from which he earned a salary.

[57] Beginning in the early 1960s, Mr. Moldowan was actively engaged in training, boarding and racing horses on his own behalf and for others. He leased land near a racetrack on which was located a house occupied by his trainer, three paddocks and horse stalls. Between 1962

[56] Durant les années 1960 à 1967, M. Moldowan était le propriétaire et l'employé d'une société de traitement de matériaux de récupération, Active Trading Ltd. Son revenu d'emploi durant cette période lui était versé par cette société. En 1967, il a vendu cette société, puis il a lancé la société Cascade News Ltd., dont l'activité consistait à distribuer des bulletins de course. Il recevait des dividendes de cette société (revenu de placement). En 1968, il lança une société manufacturière, Cascade Fasteners Ltd., dont il recevait un salaire.

[57] À partir du début des années 1960, M. Moldowan consacra beaucoup de temps à entraîner, prendre en pension et faire courir des chevaux, en son propre nom et pour autrui. Il loua un terrain situé près d'un champ de courses, sur lequel se trouvaient une

and 1969, he bought 53 horses at a total cost of over \$180,000, and sold horses to the value of approximately \$121,000. He raced horses in Canada and the United States, winning purses totalling over \$180,000. After 1964 he sustained losses from his horse-racing activities, which peaked in 1968 and 1969. Thereafter he reduced his farming activities and disposed of almost all of his horses.

[58] Justice Dickson, writing for the Supreme Court of Canada, analyzed former section 13 in some detail. His decision is most often cited for his categorization of all farmers into three classes: Class 1 farmers—those whose farming activities comprise a business and who are entitled to claim all of their farming losses because section 31 does not apply to them; Class 2 farmers—those whose farming activities comprise a business but who are not entitled to claim all of their farming losses because section 31 applies to them; and Class 3 farmers—those whose farming activities do not comprise a business at all, and who therefore are entitled to no farm loss deduction.

[59] Justice Dickson also proposed a number of principles to assist in determining how to categorize a farmer in any given case. I summarize those principles as follows:

(1) The phrase “chief source of income” in section 31 must be interpreted to include a farming business, even in a year in which the farming business has resulted in a loss. Otherwise, no taxpayer with a farm loss could ever claim losses in excess of the maximum permitted by section 31 (page 485).

(2) A “source of income” must be an activity carried on for profit or with a reasonable expectation of profit. For a taxpayer who operates a farm as a hobby, with no reasonable expectation of profit, the farm is not a “source of income” and no farm losses are

maison occupée par son entraîneur, trois enclos et quelques stalles. Entre 1962 et 1969, il acheta 53 chevaux pour un coût total de plus de 180 000 \$, et il vendit des chevaux au prix d'environ 121 000 \$. Il faisait courir ses chevaux au Canada et aux États-Unis, gagnant des prix qui totalisèrent plus de 180 000 \$. Après 1964, ses activités hippiques, qui connurent un sommet en 1968 et 1969, devinrent déficitaires. Il réduisit par la suite ses activités agricoles et disposa de la quasi-totalité de ses chevaux.

[58] Le juge Dickson, auteur de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, a analysé l'ancien article 13 de manière assez fouillée. Sa décision est très souvent citée pour la répartition qu'elle fait de tous les agriculteurs en trois catégories : les agriculteurs de catégorie 1—ceux dont les activités agricoles sont des activités professionnelles et qui ont le droit de déduire toutes leurs pertes agricoles parce que l'article 31 ne s'applique pas à eux; les agriculteurs de catégorie 2—ceux dont les activités agricoles sont des activités professionnelles, mais qui n'ont pas le droit de déduire la totalité de leurs pertes agricoles parce que l'article 31 s'applique à eux; et les agriculteurs de catégorie 3—ceux dont les activités agricoles ne sont nullement des activités professionnelles et qui par conséquent n'ont aucun droit de déduire leurs pertes agricoles.

[59] Le juge Dickson a aussi formulé plusieurs principes censés faciliter la classification de tel ou tel agriculteur dans un cas précis. Je résume ainsi les principes en question :

1) L'expression « principale source de revenu », dans l'article 31, doit être interprétée de manière à englober une entreprise agricole, même pour une année au cours de laquelle l'entreprise a été déficitaire. Autrement, nul contribuable ayant essuyé une perte agricole ne pourrait jamais déduire ses pertes au-delà du maximum autorisé par l'article 31 (page 485).

2) Une « source de revenu » doit être une activité exercée dans un but lucratif ou dans l'espoir raisonnable de réaliser un bénéfice. Pour le contribuable qui exploite une ferme comme passe-temps, sans espoir raisonnable de réaliser un bénéfice, la ferme n'est pas une « source

deductible (page 485).

(3) In determining whether there is a reasonable expectation of profit from a farming operation, it is necessary to consider the taxpayer's profit and loss experience in past years, the taxpayer's training, the taxpayer's intended course of action, the capability of the venture as capitalized to show a profit after charging capital cost allowance, and the nature and extent of the undertaking. For example, a farmer who purchases a productive going operation cannot be expected to suffer the same start-up losses as one who begins a tree farm on raw land (pages 485-486).

(4) The test for determining a taxpayer's chief source of income is both a relative and an objective test, and not a pure quantum measurement. The factors to be considered, for each source of income, include (a) the taxpayer's reasonable expectation of income from his various revenue sources; (b) his ordinary mode and habit of work; (c) the time spent; (d) the capital committed; (e) the profitability of the operation, both actual and potential (page 486).

(5) In considering whether a taxpayer's chief source of income is a "combination" of farming and some other source of income, it is not necessary that the two sources be connected, but at the same time it is not correct simply to add any two sources of income (page 487). The combination question is intended to benefit a taxpayer whose major preoccupation is farming, but who has other pecuniary interests as well, such as income from investments, or income from a sideline employment or business (page 488).

(6) Section 31 does not apply to a taxpayer for whom farming may reasonably be expected to provide the bulk of income or the centre of work routine and who looks to farming for a livelihood (page 487).

(7) Section 31 applies to a taxpayer who does not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for his livelihood but carries on farming as a

de revenu » et les pertes agricoles ne sont pas déductibles (page 485).

3) Pour savoir s'il y a espoir raisonnable de tirer un bénéfice d'une exploitation agricole, il est nécessaire de considérer les bénéfices et les pertes du contribuable au cours des années antérieures, la formation du contribuable, la voie sur laquelle il entend s'engager, l'aptitude de l'entreprise telle qu'elle est financée à dégager un bénéfice après imputation de la déduction pour amortissement, enfin la nature et l'importance de l'entreprise. Par exemple, l'agriculteur qui achète une exploitation rentable ne saurait subir au départ les mêmes pertes qu'un autre qui lance une exploitation forestière sur un terrain vierge (pages 485 et 486).

4) Le critère de détermination de la principale source de revenu d'un contribuable est un critère à la fois relatif et objectif, et non une simple question de proportions. Les facteurs à considérer, pour chaque source de revenu, sont les suivants : a) l'espoir raisonnable du contribuable de tirer un revenu de ses diverses sources, b) ses habitudes et sa façon coutumière de travailler, c) le temps qu'il consacre à ses activités, d) le capital qu'il a engagé, e) la rentabilité, présente et future, de l'exploitation (page 486).

5) Pour savoir si la principale source de revenu du contribuable est une « combinaison » de l'agriculture et d'une autre source de revenu, il n'est pas nécessaire que les deux sources soient rattachées, mais, cependant, il n'est pas correct d'additionner simplement deux sources quelconques de revenu (page 487). La question de la combinaison vise à profiter au contribuable dont l'occupation principale est l'agriculture, mais qui a aussi d'autres intérêts financiers, par exemple un revenu tiré de placements, ou un revenu tiré d'une activité ou entreprise secondaire (page 488).

6) L'article 31 ne vise pas le contribuable dont on peut raisonnablement penser que l'agriculture constituera le gros du revenu ou le centre de son travail habituel et qui voit dans l'agriculture un gagne-pain (page 487).

7) L'article 31 vise le contribuable qui ne voit pas l'agriculture, ou l'agriculture et une source accessoire de revenu, comme un gagne-pain, mais qui exploite une

sideline business (pages 488-489).

[60] Based on this understanding of former section 13, Justice Dickson concluded that it applied to Mr. Moldowan for the following reasons (see pages 488-489):

He devoted considerable effort towards launching new ventures. Horse-racing consumed only several hours of his day and that for part of the year only. His commitment of capital was cautious. The nature of the enterprise is risky. It is difficult reasonably to plan to devote energies to it principally in the expectation of a steady living. He suffered constant and increasing losses with the exception of two years in which minor profits were made. Although none of the above is alone determinative, together they suggest only one business venture of several, with nothing distinguishing in the way of a "chief source of income".

[61] *Moldowan* has been cited in hundreds of cases. It has been particularly influential in cases involving a relatively straightforward application of the principal question—whether the taxpayer's chief source of income is farming. In that regard, it has become accepted practice to address the principal question by considering the relevant factors listed in item (4) above, recognizing that no single factor is necessarily determinative, and that each factor must be examined against the broad context of the taxpayer's history, his work routine, and his future prospects and intentions.

[62] However, the *Moldowan* treatment of the combination question has proved to be more difficult to deal with. Among the many section 31 cases that have reached this Court are five cases that illustrate the difficulty in predicting the outcome of a case involving the combination question.

[63] The first case is *R. v. Graham*, [1985] 2 F.C. 107 (C.A.). That case involved a stationary engineer, a full-time employee of Ontario Hydro, who transferred to a rural work location so that he could become a farmer. In 1975, he began a hog farm. His employment income was approximately \$30,000 per year, and he lost between \$5,000 and \$12,000 per year on his hog farm,

entreprise agricole en tant qu'activité secondaire (pages 488 et 489).

[60] Se fondant sur cette interprétation de l'ancien article 13, le juge Dickson a conclu qu'il s'appliquait à M. Moldowan, pour les motifs suivants (voir pages 488-489) :

Il consacrait beaucoup d'effort au lancement de nouvelles entreprises. Les courses de chevaux ne l'accaparaient que quelques heures par jour et une partie de l'année uniquement. Il engageait ses capitaux avec circonspection. Il s'agit d'une entreprise de nature aléatoire. Il est difficile de raisonnablement concevoir d'y consacrer ses forces dans l'espoir d'en tirer un gagne-pain régulier. Il a subi des pertes constantes et croissantes, à l'exception de deux années où il a réalisé de faibles profits. Même si chacun des faits signalés précédemment n'est pas déterminant en lui-même, ensemble ils évoquent une seule entreprise parmi plusieurs, sans rien qui la caractérise comme principale « source » de revenu.

[61] L'arrêt *Moldowan* a été cité dans des centaines de causes. Il a revêtu une influence particulière dans celles qui appelaient une application relativement simple de la question principale—la principale source de revenu du contribuable est-elle l'agriculture? Sur ce point, on convient que la démarche indiquée consiste à aborder la question principale en considérant les facteurs pertinents énumérés dans le point n° 4 ci-dessus, sachant qu'aucun facteur n'est à lui seul nécessairement déterminant et que chacun d'eux doit être apprécié par rapport au contexte général comprenant les antécédents du contribuable, ses habitudes de travail ainsi que ses perspectives et ses intentions.

[62] Cependant, la réponse donnée par la jurisprudence *Moldowan* à la question de la combinaison s'est révélée plus complexe. Parmi les nombreuses affaires relevant de l'article 31 et dont la Cour a été saisie, il en est cinq qui illustrent la difficulté de prédire l'issue d'un cas où se pose la question de la combinaison.

[63] Il y a d'abord l'arrêt *R. c. Graham*, [1985] 2 C.F. 107 (C.A.). Il s'agissait d'un mécanicien de machines fixes, employé à temps plein d'Hydro-Ontario, qui avait été muté vers un lieu de travail à la campagne afin qu'il puisse devenir agriculteur. En 1975, il a mis sur pied une ferme porcine. Le revenu qu'il tirait de son emploi était d'environ 30 000 \$ par an, et il perdait entre 5 000

but he spent approximately twice as many hours on the farm as on his employment. He was successful in his tax appeal, and the Crown's appeal to this Court did not succeed. The decision contains a short analysis in which Justice Urie, for the majority, agreed with the Trial Judge that this taxpayer's sideline activity was employment rather than farming so that, based on *Moldowan*, his chief source of income was a combination of farming and employment.

[64] The second case is *Poirier (B.) Estate v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 9 (F.C.A.). The Crown relies particularly on this case. However, I am not persuaded that it involves the combination question at all. Rather, it seems to me that the case was decided adversely to the taxpayer on the basis of the principal question. At trial [(1986), 86 DTC 6124 (F.C.T.D.)], Associate Chief Justice Jerome, as he then was, concluded that section 31 did not apply to a person who had embarked upon a cattle business that [at page 6128] "would reasonably be expected to be a source of income combined with his other sources of income to form his chief source of income" in the years under appeal. In an oral decision, this Court allowed the Crown's appeal on the basis that the trial decision incorrectly used the combination of two sources of income to conclude that [at page 6336] "the respondent's farming income was a chief source of income", which I take to mean that Associate Chief Justice Jerome found that farming income alone was the taxpayer's chief source of income. This Court considered the matter anew, and concluded that, as the taxpayer spent about the same amount of time on farming and his other source of income, but had invested less capital in the farm and earned less income, his chief source of income was not farming.

[65] The third case is *Canada v. Donnelly*, [1998] 1 F.C. 513 (C.A.). It involved a successful urologist who,

et 12 000 \$ par an dans sa ferme porcine, mais il consacrait environ deux fois plus d'heures à la ferme qu'à son emploi. Il a obtenu gain de cause dans son appel à l'encontre du fisc, et l'appel interjeté par la Couronne devant la Cour fut rejeté. L'arrêt contient une brève analyse dans laquelle le juge Urie, s'exprimant pour les juges majoritaires, reconnaissait avec le juge de première instance que l'activité accessoire de ce contribuable était son emploi et non pas l'agriculture, de telle sorte que, d'après la jurisprudence *Moldowan*, sa principale source de revenu était une combinaison de l'agriculture et d'un emploi.

[64] En deuxième lieu, il y a l'arrêt *Poirier (B.) Succession c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 281 (C.A.) (QL). L'intimée attache une valeur particulière à cette jurisprudence. Cependant, je ne suis pas convaincue qu'elle touche de près ou de loin la question de la combinaison. Il m'apparaît plutôt que cette affaire s'est conclue de manière défavorable au contribuable sur le fondement de la question principale. En première instance [(1986), 86 DTC 6124], le juge Jerome, alors juge en chef adjoint, avait statué que l'article 31 ne s'appliquait pas à la personne qui s'était lancée dans des activités d'élevage de bétail dont elle [à la page 6128] « pouvait à [s]on avis raisonnablement s'attendre à en tirer une source de revenu, de sorte que son revenu provienne principalement d'une combinaison de l'agriculture et de ses autres sources de revenu » durant les années visées par l'appel. Dans une décision rendue verbalement, la Cour a accueilli l'appel de la Couronne au motif que le jugement de première instance avait à tort recouru à la combinaison de deux sources de revenu pour conclure que [au paragraphe 1] « le revenu de l'intimé provenait principalement de l'agriculture », ce qui veut dire selon moi que le juge en chef adjoint Jerome estimait que le revenu agricole seul était la principale source de revenu du contribuable. La Cour a examiné de nouveau l'affaire et conclu que, puisque le contribuable consacrait à peu près la même quantité de temps à l'agriculture et à son autre source de revenu, mais avait investi moins d'argent dans la ferme et y gagnait moins de revenu, sa principale source de revenu n'était pas l'agriculture.

[65] En troisième lieu, il y a l'arrêt *Canada c. Donnelly*, [1998] 1 C.F. 513 (C.A.). Il s'agissait d'un

after practicing his profession for over ten years, started a horse-breeding operation in which he invested significant capital, and lost approximately \$2 million over a 20-year period. This Court found, among other things, that there was no basis for concluding that the farming activities had a prospect for profit. It seems to have been significant to the Court that, in the years in which a profit might have been earned, the taxpayer invariably bought another horse, turning his potential profit into a loss. It is not clear how that situation arose, given the mandatory inventory adjustment referred to above in paragraph 28(1)(c) of the *Income Tax Act*, but in any event the conclusion was that the taxpayer's chief source of income for the years in question came from his medical practice, and his horse-farming activity was held to be a sideline business.

[66] *Donnelly* is particularly interesting for the following comments made by Justice Robertson to address the differences between *Donnelly* and *Graham* [at paragraphs 19-21]:

It seems to me that *Graham* comes closer to a case in which an otherwise full-time farmer is forced to seek additional income in the city to offset losses incurred in the country. The second generation farmer who is unable to adequately support a family may well turn to other employment to offset persistent annual losses. These are the types of cases which never make it to the courts. . . . I have yet to see a case where the Minister denies such a taxpayer the right to deduct full farming losses because of a competing income source. Perhaps this is because it is unlikely a hog farmer such as Mr. Graham would pursue the activity as a hobby.

As is well known, section 31 of the Act is aimed at preventing "gentlemen" farmers who enjoy substantial income from claiming full farming losses: see *Morrissey v. Canada*, *supra*, at pages 420-423. More often than not it is invoked in circumstances where farmers are prepared to carry on with a blatant indifference toward the losses being incurred. The practical and legal reality is that these farmers are hobby farmers but the Minister allows them the limited deduction

urologue prospère qui, après avoir exercé sa profession pendant plus de dix ans, avait lancé une entreprise d'élevage de chevaux dans laquelle il avait investi beaucoup d'argent, et qui avait perdu environ 2 millions de dollars sur une période de 20 ans. La Cour a notamment conclu que rien ne permettait d'affirmer que les activités agricoles laissaient entrevoir des possibilités de bénéfices. Il semble avoir été significatif pour la Cour que, dans les années au cours desquelles un bénéficiaire aurait pu être dégagé, le contribuable achetait inmanquablement un autre cheval, transformant en perte son bénéfice potentiel. On ne sait trop comment les choses en étaient arrivées là, étant donné le rajustement obligatoire des stocks, évoqué précédemment, prévu à l'alinéa 28(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais quoiqu'il en soit la Cour a conclu que la principale source de revenu du contribuable pour les années considérées était l'exercice de la médecine, et que son entreprise d'élevage de chevaux était une activité secondaire.

[66] L'arrêt *Donnelly* est particulièrement intéressant en raison des observations suivantes faites par le juge Robertson à propos des distinctions entre l'affaire *Donnelly* et l'affaire *Graham* [aux paragraphes 19 à 21] :

Il me semble que l'arrêt *Graham* s'apparente davantage à une affaire dans laquelle un agriculteur à temps complet est contraint d'aller chercher un revenu supplémentaire à la ville afin d'absorber les pertes subies à la ferme. L'agriculteur de deuxième génération qui est incapable de subvenir convenablement aux besoins de sa famille peut bien se tourner vers un autre emploi pour absorber des pertes annuelles répétées. Voilà le genre d'affaires dont les tribunaux ne sont jamais saisis. [ . . . ] Je n'ai encore jamais vu d'affaire dans laquelle le ministre refuse à un tel contribuable le droit de déduire la totalité de ses pertes agricoles à cause de l'existence d'une autre source de revenu. C'est peut-être parce qu'il est peu probable qu'un éleveur de porcs comme M. Graham exercerait cette activité comme un passe-temps.

Il est bien établi que l'article 31 de la Loi vise à empêcher les « *gentlemen-farmers* » qui disposent d'un revenu considérable de déduire la totalité des pertes agricoles qu'ils subissent : voir l'arrêt *Morrissey c. Canada*, *supra*, aux pages 420 à 423. Plus souvent qu'autrement, cet arrêt est invoqué par les agriculteurs qui sont disposés à poursuivre l'exploitation de leur entreprise en demeurant ouvertement indifférents aux pertes subies. Concrètement et sur le plan

under section 31 of the Act. Such cases almost always involve horse farmers who are engaged in purchasing or breeding horses for racing. In truth, there is rarely even a reasonable expectation of profit in such endeavours much less the makings of a chief source of income.

It may well be that in tax law a distinction is to be drawn between the country person who goes to the city and the city person who goes to the country. In future, those insisting on obtaining tax relief in circumstances approaching those under consideration should do so through legislative channels and not through the Tax Court of Canada. The judicial system can no longer afford to encourage taxpayers or their counsel to pursue such litigation in the expectation that hope will triumph over experience.

[67] If these comments are meant to suggest that section 31 ought to be applied more assiduously to a horse breeder than a hog farmer, or to an individual with a relatively high professional income earned in a city than an individual with more modest employment income earned in a small rural town, then I do not subscribe to them. Even so, they leave open the question of how to apply section 31 to Mr. Gunn, an individual who is not a horse breeder or a hog farmer, and whose non-farm income is not earned in the city, but in a small town in Ontario not far from his farm.

[68] The fourth case is *Watt*, cited above. It involved a Saskatchewan dentist with a substantial income from his practice. He worked with his wife on the family farm growing wheat, peas, canola, barley and alfalfa. Dr. Watt spent approximately 2000 hours per year on the farm operation, and 1500 hours per year in his dental practice. His farm lost money every year. His case failed in the Tax Court primarily on the basis that there was no evidence that the farm could ever produce a profit. His appeal to this Court failed for the same reason.

[69] The fifth case is *Kroeker v. Canada*, [2003] 1 C.T.C. 183 (F.C.A.). Ms. Kroeker was a partner, with

juridique, ces agriculteurs sont des agriculteurs amateurs, mais le ministre leur accorde la déduction limitée prévue à l'article 31 de la Loi. Ces affaires concernent presque toujours des éleveurs de chevaux qui achètent ou élèvent des chevaux en vue de les faire courir. En vérité, ces entreprises ont rarement même une expectative raisonnable de profit, encore moins les éléments essentiels pour constituer la principale source de revenu de leur propriétaire.

Peut-être bien qu'en droit fiscal il faut établir une distinction entre le fermier qui va à la ville et le citoyen qui va à la campagne. Les personnes qui insisteront à l'avenir pour obtenir un allègement fiscal dans des circonstances semblables aux circonstances de l'espèce devraient le faire par les voies législatives et non par l'entremise de la Cour canadienne de l'impôt. Le système judiciaire ne peut plus se permettre d'encourager les contribuables ou leurs avocats à engager de telles poursuites dans l'attente du triomphe de l'espoir sur l'expérience.

[67] Si le juge Robertson a voulu dire que l'article 31 doit s'appliquer plus vigoureusement à l'éleveur de chevaux qu'à l'éleveur de porcs, ou à la personne dont le revenu professionnel gagné à la ville est relativement élevé, qu'à la personne dont le revenu d'emploi gagné dans une petite ville de campagne est plus modeste, alors il m'est impossible de le suivre. De toute manière, ces observations laissent sans réponse la question de savoir comment appliquer l'article 31 à M. Gunn, qui n'est pas un éleveur de chevaux ni un éleveur de porcs, et dont le revenu non agricole n'est pas gagné à la ville, mais dans une petite localité de l'Ontario à proximité de sa ferme.

[68] En quatrième lieu, il y a l'arrêt *Watt* (précité). Il s'agissait d'un dentiste de la Saskatchewan dont les revenus professionnels étaient importants. Il travaillait avec son épouse à la ferme familiale, cultivant du blé, des pois, du canola, de l'orge et de la luzerne. Le Dr Watt consacrait environ 2 000 heures par année à l'exploitation de la ferme et 1 500 heures par année à son cabinet de dentiste. Sa ferme perdait de l'argent chaque année. La Cour de l'impôt lui a donné tort, principalement parce qu'aucun élément de preuve n'indiquait que la ferme pourrait jamais produire des bénéfices. L'appel qu'il a interjeté devant la Cour a été rejeté pour le même motif.

[69] En cinquième lieu, il y a l'arrêt *Kroeker c. Canada*, 2002 CAF 392. M<sup>me</sup> Kroeker était associée,

her spouse, in a farming business that suffered losses. She had significant income from employment, but her employment activities were arranged in such a way as to accommodate her farm work. Practically all of her employment income was invested in the farm, and the farm actually achieved profits in the years after the years under appeal. The evidence was that the farm was the focus of the taxpayer's life. Her appeal to the Tax Court failed because the Judge interpreted *Donnelly*, cited above, as requiring evidence that the taxpayer's farming activities had a prospect of "substantial" profits, a test that Ms. Kroeker could not meet. This Court reversed that decision on the basis that *Donnelly* could not be read as adding a new substantive test of "substantial profitability" to the *Moldowan* principles. In the result, this Court found little to distinguish this case from *Graham* so that, based on *Moldowan*, her chief source of income was a combination of farming and another source of income.

[70] None of the cases cited above alters or purports to alter any of the *Moldowan* principles; nor do they question any of those principles, including the principles relating to the combination question. However, the *Moldowan* treatment of the combination question has attracted criticism. That criticism is focussed on Justice Dickson's statement that section 31 should apply to a person for whom farming is a "sideline" business or a "subordinate" source of income. The problem is that section 31 does not use the words "sideline" or "subordinate", or any analogous term.

[71] According to Justice Dickson, the combination question in section 31 must be answered in the negative (and therefore section 31 would necessarily apply) in the case of a taxpayer for whom farming is a sideline business, or whose non-farming source of income is "subordinate" to farming. Richard Thomas says, in a case comment entitled "A Farm Loss with a Difference—The Farmer is Successful!" in "Current Cases" (1993), 41 *Can. Tax J.* 502, at page 513, that this view

avec son conjoint, dans une entreprise agricole qui était déficitaire. Elle tirait un revenu appréciable de son emploi, mais ses activités professionnelles étaient organisées de manière à rendre possible son travail à la ferme. La quasi-totalité de son revenu d'emploi était investi dans la ferme, et la ferme dégagait effectivement des bénéfices au cours des années postérieures aux années visées par l'appel. La preuve indiquait que la ferme était le centre de la vie de la contribuable. Son appel devant la Cour de l'impôt fut rejeté parce que, selon le juge, la jurisprudence *Donnelly* exigeait la preuve que les activités agricoles de la contribuable laissaient espérer des bénéfices « considérables », un critère auquel M<sup>me</sup> Kroeker ne pouvait pas répondre. La Cour a infirmé le jugement de la Cour de l'impôt, au motif que la jurisprudence *Donnelly* n'imposait, en outre de la jurisprudence *Moldowan*, un nouveau critère de fond, celui de la « rentabilité considérable ». Enfin, la Cour conclut que l'affaire *Kroeker* et l'affaire *Graham* étaient fort semblables, de sorte que, compte tenu de la jurisprudence *Moldowan*, le revenu de l'appelante provenait principalement d'une combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu.

[70] Rien dans la jurisprudence citée ne modifie ou ne prétend modifier l'un quelconque des principes de la jurisprudence *Moldowan*; elle ne met pas non plus en doute les principes en question, ni ceux qui concernent la question de la combinaison. Cependant, la manière dont la jurisprudence *Moldowan* répond à la question de la combinaison a suscité des critiques. Ces critiques portent surtout sur l'observation du juge Dickson selon laquelle l'article 31 doit s'appliquer à la personne pour qui l'agriculture est une activité « secondaire » ou une source « accessoire » de revenu. Le problème est que l'article 31 n'emploie pas les mots « secondaire » ou « accessoire », ni de terme analogue.

[71] Selon le juge Dickson, il faut répondre à la question de la combinaison, dans l'article 31, par la négative (et donc conclure nécessairement à l'application de l'article 31) dans le cas du contribuable pour qui l'agriculture est une activité secondaire, ou dont la source non agricole de revenu est « accessoire » à l'agriculture. Richard Thomas dit, dans un commentaire d'arrêt intitulé « A Farm Loss with a Difference—The Farmer is Successful! », dans « Current Cases »

of the combination question strips it of meaning and effect. Consider the case of a person for whom farming is not the chief source of income, but who wishes to argue that his chief source of income is farming and something else. Based on Justice Dickson's view of the combination question, that person cannot avoid the application of section 31 unless he can establish that his other source of income is subordinate to farming. But if he could establish that, he probably would be able to establish that farming is his chief source of income.

[72] The same criticism is made by Chief Justice Bowman in the case that is the subject of Mr. Thomas' article: *Hover v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 2585 (T.C.C.) and by Justice Joyal in *Hadley v. R.*, [1985] 1 C.T.C. 62 (F.C.T.D.). Neither decision was appealed.

[73] In my view, there is merit in this criticism. Justice Dickson was attempting to give a rational meaning to general words, thus avoiding the prospect of giving section 31 no meaning at all. With respect to the principal question, he concluded reasonably that the determination of a person's chief source of income requires a weighing and balancing of a number of relevant factors. But when it came to the combination question, he devised guidelines based on an assumption as to the underlying objective of the statute, an assumption that is not rooted in anything expressed or implied in the statute itself. One of those guidelines is that one cannot determine whether a person's chief source of income is a combination of farming and some other source of income simply by addition. The other is that a person's chief source of income cannot be a combination of farming and something else unless farming predominates (or is not a sideline business).

[74] That approach to the interpretation of the combination question contravenes the teaching of the Supreme Court of Canada in several recent cases that warn against the development of judge-made rules in tax matters. See, for example, the comments of Justice

(1993), 41 *Rev. fisc. can.* 502, à la page 513 que cette manière de voir la question de la combinaison la vide de son sens et de son effet. Considérons le cas de la personne pour qui l'agriculture n'est pas la principale source de revenu, mais qui entend faire valoir que sa principale source de revenu est l'agriculture et quelque chose d'autre. Selon l'approche du juge Dickson quant à la question de la combinaison, cette personne ne peut pas échapper à l'application de l'article 31, sauf s'il établit que son autre source de revenu est accessoire à l'agriculture. Mais, si elle peut établir cela, elle est probablement en mesure d'établir que l'agriculture est sa principale source de revenu.

[72] La même critique est formulée par le juge en chef Bowman dans la décision commentée par l'article de M. Thomas : *Hover c. M.R.N.*, [1992] A.C.I. n° 735 (QL), et par le juge Joyal dans la décision *Hadley c. R.*, [1985] A.C.F. n° 30 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Il n'a pas été interjeté appel de ces décisions.

[73] À mon avis, cette critique est justifiée. Le juge Dickson voulait donner une signification rationnelle à des termes communs, afin d'éviter le danger de priver l'article 31 de tout sens. S'agissant de la question principale, il a fort raisonnablement conclu que, pour déterminer quelle est la principale source de revenu d'une personne, il est nécessaire d'apprécier et de soupeser plusieurs facteurs pertinents. Mais, en ce qui a trait à la question de la combinaison, il a formulé des directives fondées sur une supposition quant à l'objectif du texte légal, une supposition qui ne découle pas, expressément ou par déduction, de la loi elle-même. L'une de ces directives est qu'il est impossible de dire, par une simple addition, si la principale source de revenu d'une personne est une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source. L'autre est que la principale source de revenu d'une personne ne saurait être une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source à moins que l'agriculture ne prédomine (ou qu'elle ne soit pas une activité secondaire).

[74] Cette manière d'interpréter la question de la combinaison va à l'encontre des enseignements de la Cour suprême du Canada, dans plusieurs causes récentes où elle met en garde contre le développement de règles jurisprudentielles en matière fiscale. Voir par exemple

Iacobucci, writing for the majority in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at paragraph 112:

Finally, I wish to emphasize that it is open to Parliament to step in and assign absolute priority to the deemed trust. A clear illustration of how this might be done is afforded by s. 224(1.2) *ITA*, which vests certain moneys in the Crown “notwithstanding any security interest in those moneys” and provides that they “shall be paid to the Receiver General in priority to any such security interest”. All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind. In the absence of such clear language, judicial innovation is undesirable, both because the issue is policy charged and because a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become fixed only as a result of expensive and lengthy litigation.

[75] Similarly, Justice McLachlin (as she then was) said this in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paragraph 43:

This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 41, *per* Iacobucci J.; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 112, *per* Iacobucci J.; [*Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312] at p. 328, *per* Iacobucci J. Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

[76] The same principle is captured in these words from P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pages 475-476:

It would introduce intolerable uncertainty into the *Income Tax Act* if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court’s view of the object and purpose of the provision.

This passage was quoted with approval by Justice Iacobucci, writing for the majority in *65302 British*

les observations du juge Iacobucci, s’exprimant pour les juges majoritaires, dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au paragraphe 112 :

Finalement, je tiens à souligner qu’il est loisible au législateur d’intervenir et d’accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) *LIR* illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribue à Sa Majesté certaines sommes « malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] », et prévoit qu’elles « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] ». Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs. En l’absence de pareils termes, l’innovation judiciaire n’est pas souhaitable parce qu’il s’agit d’une question qui regorge de considérations de principe et parce qu’une prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites.

[75] Pareillement, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) fit l’observation suivante, dans l’arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, au paragraphe 43 :

La jurisprudence de notre Cour est constante : les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit d’attribuer au législateur, à l’égard d’une disposition claire de la Loi, une intention non explicite : *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, au par. 41, le juge Iacobucci; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112, le juge Iacobucci; [*Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312], à la p. 328, le juge Iacobucci. En concluant à l’existence d’une intention non exprimée par le législateur sous couvert d’une interprétation fondée sur l’objet, l’on risque de rompre l’équilibre que le législateur a tenté d’établir dans la Loi.

[76] Le même principe est repris par P. W. Hogg et J. E. Magee, dans *Principles of Canadian Income Tax Law* (2<sup>e</sup> édition, 1997), aux pages 475 et 476 :

[TRADUCTION] La *Loi de l’impôt sur le revenu* serait empreinte d’une incertitude intolérable si le libellé clair d’une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des expressions qui n’y sont pas exprimées, provenant de la conception qu’un tribunal a de l’objet de la disposition.

Ce passage a fait l’objet d’observations favorables de la part du juge Iacobucci, s’exprimant pour les juges

*Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at paragraph 51, and by Chief Justice McLachlin and Justice Major, writing for the Court in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, cited above, at paragraph 12.

[77] Each of the statements quoted above was made in the context of a statutory provision that had a discernible literal meaning, where the taxpayers argued that they should be entitled to rely on the words of the statute rather than an unlegislated gloss proposed by the Crown. The words of section 31 that set out the combination question are general but their ordinary grammatical meaning is comprehensible; section 31 speaks of a combination, which in ordinary language implies an addition or aggregation. There is nothing in section 31, or elsewhere in the *Income Tax Act*, that imposes an additional requirement that farming be the predominant element in the combination.

[78] In the fiscal context, statutory interpretation must be informed by the recognition that, in a self-assessing tax system that respects the right of taxpayers to plan their tax affairs intelligently, taxpayers require rules that are consistent, predictable and fair (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, cited above). These objectives are undermined by provisions that are so vague that their application cannot be predicted with reasonable certainty. They may be further undermined if they are applied on the basis of a judge-made rule that has no statutory foundation. It seems to me that the courts would do well to approach the combination question in section 31 with an eye on the case of *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, decided some years after *Moldowan*.

[79] The issue in *Johns-Manville* was whether a mining company was entitled to deduct, as an operating expense of its open-pit mine, the cost of acquiring land around the pit in order to continue the necessary wall slope and angle of repose of the overburden. These acquisitions occurred year in and year out as an integral part of the operation of the mine. The Crown had argued

majoritaires, dans l'arrêt 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au paragraphe 51, et de la part de la juge en chef McLachlin et le juge Major, s'exprimant pour la Cour suprême, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada* (précité), au paragraphe 12.

[77] Chacune des observations susmentionnées a été énoncée à l'égard d'une disposition légale qui présentait un sens littéral perceptible, alors que les contribuables faisaient valoir qu'ils devaient pouvoir se fonder sur les termes employés par le législateur plutôt que sur une interprétation préconisée par la Couronne, mais sans fondement dans la loi. Les termes de l'article 31 qui exposent la question de la combinaison sont des termes courants, mais leur sens grammatical ordinaire est intelligible; l'article 31 parle d'une combinaison, ce qui, dans la langue ordinaire, évoque une addition ou un agrégat. Il n'y a, dans l'article 31, ni ailleurs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, rien qui impose une condition supplémentaire selon laquelle l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison.

[78] En matière fiscale, l'interprétation des lois doit prendre en compte le fait que, dans un régime fiscal d'autocotisation qui respecte le droit du contribuable de planifier intelligemment ses affaires fiscales, celui-ci a besoin de règles qui soient uniformes, prévisibles et équitables (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, précité). Les dispositions qui sont vagues au point qu'il est impossible de prédire leur application avec une certitude raisonnable nuisent à ces objectifs. Il en va de même pour celles qui sont appliquées d'après une règle jurisprudentielle purement prétorienne. Il me semble que les tribunaux seraient bien avisés de considérer la question de la combinaison, dans l'article 31, en s'inspirant de l'arrêt *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, rendu quelques années après l'arrêt *Moldowan*.

[79] La question en litige dans l'arrêt *Johns-Manville* était de savoir si une compagnie minière avait le droit de déduire, à titre de dépenses d'exploitation de sa mine à ciel ouvert, le coût d'acquisition des biens-fonds situés autour de la mine pour maintenir la pente de la paroi et l'angle de talus du mort-terrain. Ces acquisitions, faites bon an mal an, faisaient partie intégrante de l'exploita-

that because land is a permanent asset, the cost of the land was a capital outlay, the deduction of which was prohibited by the statutory predecessor [R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(1)(b)] to paragraph 18(1)(b) of the *Income Tax Act*. The point of statutory interpretation was the meaning to be attributed to that provision, and in particular the principles to be applied in distinguishing capital outlays from ordinary operating expenses.

[80] That issue has a lengthy history in the jurisprudence in Canada, as well as the U.K., Australia and the United States, but it was not the subject of any statutory guidelines. After a fulsome analysis of the business purpose of the expenditures in question, and noting that if the expenditures were not deductible, the taxpayer would receive no tax relief for them at all, Justice Estey concluded that the cost of the land was fully deductible as an expense. He said this at page 72 (my emphasis):

The characterization in taxation law of an expenditure is, in the final analysis (unless the statute is explicit which this one is not), one of policy. . . . Such a determination is, furthermore, consistent with another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer. This residual principle must be the more readily applicable in this appeal where otherwise annually recurring expenditures, completely connected to the daily business operation of the taxpayer, afford the taxpayer no credit against tax either by way of capital cost or depletion allowance with reference to a capital expenditure, or an expense deduction against revenue.

[81] Justice Gonthier, writing for the Supreme Court of Canada in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, cautioned that the *Johns-Manville* principle is to be used only as a last resort, where the application of the ordinary principles of statutory interpretation leave a reasonable uncertainty as to whether the provision in question is intended to apply in a particular case. He said this at pages 19-20 of his reasons:

La Couronne faisait valoir que, parce que la terre est un actif permanent, son coût constituait une dépense de capital, dont la déduction était interdite par l'ancêtre [S.R.C. 1952, ch. 148, art. 12(1)(b)] de l'alinéa 18(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La question d'interprétation des lois était la suivante : quel sens fallait-il attribuer à cette disposition, et en particulier quels principes convenait-il d'appliquer pour faire la distinction entre dépenses de capital et dépenses ordinaires d'exploitation?

[80] Cette question est ancienne dans la jurisprudence, non seulement au Canada mais aussi au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis, mais la loi n'y donne nulle part de directives. Après avoir fait une analyse fouillée de l'objet commercial des dépenses en question, et avoir signalé que, si les dépenses n'étaient pas déductibles, le contribuable ne recevrait au titre de telles dépenses aucun allègement fiscal, le juge Estey est arrivé à la conclusion que le coût des biens-fonds était pleinement déductible à titre de dépense. Il s'est exprimé ainsi, à la page 72 (c'est moi qui souligne) :

La caractérisation, en droit fiscal, d'une dépense est, en dernière analyse (à moins que la loi ne soit claire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce), une question de principe. [ . . . ] Une telle décision est de plus conforme à un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable. Ce principe résiduel doit d'autant s'appliquer au présent pourvoi qu'autrement une dépense annuelle entièrement liée à l'exploitation quotidienne de l'entreprise de la contribuable ne lui procurerait aucun dégrèvement d'impôt sous forme de déduction pour amortissement ou pour épuisement s'il s'agit d'une dépense de capital, ou de déduction applicable au revenu s'il s'agit d'une dépense d'exploitation.

[81] Le juge Gonthier, s'exprimant pour la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, a précisé que le principe de l'arrêt *Johns-Manville* ne doit être utilisé qu'en dernier recours, lorsque l'application des principes ordinaires de l'interprétation des lois laisse subsister une incertitude raisonnable sur la question de savoir si la disposition en cause est censée s'appliquer à tel ou tel cas. Il

Two comments should be made to give Estey J.'s observations their full meaning: first, recourse to the presumption in the taxpayer's favour is indicated when a court is compelled to choose between two valid interpretations, and second, this presumption is clearly residual and should play an exceptional part in the interpretation of tax legislation. In his text *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 412, Professor Pierre-André Côté summarizes the point very well:

If the taxpayer receives the benefit of the doubt, such a "doubt" must nevertheless be "reasonable". A taxation statute should be "reasonably clear". This criterion is not satisfied if the usual rules of interpretation have not already been applied in an attempt to clarify the problem. The meaning of the enactment must first be ascertained, and only where this proves impossible can that which is more favourable to the taxpayer be chosen. [Emphasis in original document.]

[82] This caution should not preclude the application of the *Johns-Manville* principle in relation to the combination question in section 31 of the *Income Tax Act*, because that aspect of section 31 is not "reasonably clear". It is capable of bearing the meaning that Justice Dickson gave it in *Moldowan*, in which the combination question must be answered in the negative unless farming predominates as a source of income. However, the combination question is also capable of bearing a more straightforward meaning, in which it is not necessary for the farmer to propose a combination of sources of income in which farming predominates.

[83] In my view, the combination question should be interpreted to require only an examination of the cumulative effect of the aggregate of the capital invested in farming and a second source of income, the aggregate of the income derived from farming and a second source of income, and the aggregate of the time spent on farming and on the second source of income, considered in the light of the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations. This would avoid the judge-made test that requires farming to be the predominant element in the

s'exprimait en ces termes aux pages 19 et 20 de ses motifs :

Deux observations doivent être faites pour donner tout leur sens aux propos du juge Estey : d'une part, le recours à la présomption en faveur du contribuable est indiqué lorsqu'un tribunal est contraint de choisir entre deux interprétations valables et, d'autre part, cette présomption est clairement résiduelle et devrait jouer un rôle exceptionnel dans l'interprétation des lois fiscales. Dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 470, le professeur Pierre-André Côté résume la question d'une manière fort juste :

Le doute dont le contribuable peut bénéficier doit être « raisonnable » : la loi fiscale doit être « raisonnablement claire ». Ne serait pas raisonnable un doute que l'interprète n'a pas essayé de dissiper grâce aux règles ordinaires d'interprétation : le premier devoir de l'interprète est de rechercher le sens et ce n'est qu'à défaut de pouvoir arriver à un résultat raisonnablement certain que l'on peut choisir de retenir celui, de plusieurs sens possibles, qui favorise le contribuable. [Souligné dans l'original.]

[82] Cette mise en garde n'est pas incompatible avec l'application du principe de l'arrêt *Johns-Manville* à la question de la combinaison, dans l'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, parce que cet aspect de l'article 31 n'est pas « raisonnablement clair ». Elle pouvait être interprétée selon le sens que le juge Dickson lui donnait dans l'arrêt *Moldowan*, la question de la combinaison doit recevoir une réponse négative, à moins que l'agriculture soit la source prédominante de revenu. Cependant, la question de la combinaison est également susceptible d'une interprétation plus simple : l'agriculteur n'est pas tenu de proposer une combinaison de sources de revenu où prédomine l'agriculture.

[83] À mon avis, la question de la combinaison doit être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes. On évitera ainsi d'appliquer le critère jurisprudentiel selon lequel l'agriculture doit être

combination of farming with the second source of income, which in my view is a test that cannot stand with subsequent jurisprudence. It would result in a positive answer to the combination question if, for example, the taxpayer has invested significant capital in a farming enterprise, the taxpayer spends virtually all of his or her working time on a combination of farming and the other principal income-earning activity, and the taxpayer's day to day activities are a combination of farming and the other income-earning activity, in which the time spent in each is significant.

#### The application of section 31 to Mr. Gunn

[84] In the case of Mr. Gunn, the Judge found that section 31 applied because Mr. Gunn's chief source of income is not farming, or a combination of farming and the practice of law. The basis for that conclusion is summarized in at paragraphs 17 and 18 of the Judge's reasons:

As I have said, the evidence does not establish that the Appellant had shifted the focus of his working life from law to farming in the years under appeal, or indeed that he had done so by 2005. Of the factors that I must consider, only the capital invested might militate in favour of the Appellant. It is not disputed that the bulk of his working time is spent in his law office, where he has a number of fulltime employees working for him, in addition to his own practice to attend to. I appreciate that the comparison of the taxpayer's income from farming and from law is not simply a mathematical exercise. However, up to and including the years in issue the record shows a decade of very large losses, of which the largest two are the last year before the years under appeal, and the last of the three years under appeal. Over the same decade, the Appellant's income from law had a strong upward trend, with the first and second years under appeal being two of the three most productive years of his practice in the period. Nor does the evidence establish that there is any reason to expect that to change greatly in the future. Although there have been profits from the farming in 2002 and 2004, the evidence does not persuade me that this is a trend that will necessarily continue. Nor can the losses simply be discounted as startup losses. It is true that in 1999 the Appellant went into tobacco farming on the basis of an ownership operation, rather than through sharecropping as he had previously operated. No doubt this exacerbated his losses in that year—it had by far the largest loss in the evidence before me. It was only a matter of degree, however; his losses for the 12 prior years cannot be explained that way. It is likely too, on the Appellant's evidence, that some, if not all, of the modest profit in 2002 was attributable in part to expenses incurred during the startup years of 1999

l'élément prédominant de la combinaison de l'agriculture et de la seconde source de revenu, un critère qui à mon avis a été mis à mal par la jurisprudence ultérieure. Il y aurait une réponse positive à la question de la combinaison si, par exemple, le contribuable a investi une somme appréciable dans une entreprise agricole, s'il consacre la quasi-totalité de son temps de travail à la fois à l'agriculture et à l'autre activité principale lucrative, et si ses activités quotidiennes combinent l'agriculture et l'autre activité lucrative, le temps consacré à chacune étant important.

#### Application de l'article 31 à M. Gunn

[84] S'agissant de M. Gunn, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'article 31 s'appliquait à lui parce que la principale source de revenu de M. Gunn n'était pas l'agriculture, ni une combinaison de l'agriculture et de la profession d'avocat. Les motifs de cette conclusion sont résumés aux paragraphes 17 et 18 :

Comme je l'ai indiqué, les éléments de preuve n'établissent pas que l'appellant a changé l'orientation de sa vie professionnelle en délaissant le droit pour se consacrer à l'agriculture au cours des années frappées d'appel, ou qu'il l'avait fait en 2005. Parmi les facteurs que je dois prendre en considération, seuls les capitaux investis peuvent militer en faveur de l'appellant. Il n'est pas contesté que la majeure partie de son emploi du temps est consacrée à son cabinet d'avocats, où il doit gérer un certain nombre d'employés à temps plein à son service, en plus de faire son propre travail d'avocat. Je suis bien conscient que le fait d'établir une comparaison entre le revenu agricole du contribuable et le revenu qu'il tire de sa profession d'avocat n'est pas qu'un simple exercice mathématique. Toutefois, jusqu'aux années en cause et pendant ces années, les résultats montrent que l'appellant a subi, sur une période de dix ans, des pertes considérables, dont les deux plus importantes ont été enregistrées au cours de l'année précédant les années frappées d'appel et au cours de la dernière de ces trois années. Au cours de la même décennie, le revenu que l'appellant a tiré de la pratique du droit a présenté une forte tendance à la hausse et les première et deuxième années en cause ont été deux des trois années les plus productives du cabinet d'avocats pour cette période de dix ans. Les éléments de preuve n'établissent pas non plus qu'il y a lieu de croire que cela pourrait changer considérablement dans les années à venir. Bien que des profits agricoles aient été réalisés en 2002 et en 2004, les éléments de preuve ne me persuadent pas qu'il s'agit d'une tendance qui durera nécessairement, ni que l'on puisse simplement faire abstraction des pertes en les qualifiant de pertes de démarrage. Il est vrai qu'en 1999, l'appellant s'est lancé dans la culture du

to 2001. There was evidence that the income from tobacco is not realized until the calendar year after the majority of the expenses have been incurred.

It is true that the Appellant has farming assets of approximately \$3.354 million. However \$2.5 million of that is made up of land and buildings, some of which were put to agricultural use during the relevant time period, and some of which were not. I think it is a reasonable inference that the capital the Appellant invested in land and buildings was not at risk in the way that capital invested in machinery or inventory might be. I do not consider this to be a factor strong enough to outweigh the relative application of the Appellant's time and effort, or the relative potential for profit of the law practice and the farm.

[85] The Judge's answer to the principal question is based on the *Moldowan* principles for determining a taxpayer's chief source of income, combined with the comment from *Morrissey v. Canada*, cited above, to the effect that if it is unlikely that the taxpayer's farming operations will ever be profitable, notwithstanding all the time and capital the taxpayer is willing and able to devote to farming, the conclusion must be that farming is not a chief source of the taxpayer's income.

[86] In my view, *Morrissey* is not an apt precedent for the case of Mr. Gunn. The statement in *Morrissey* referred to above was made in the context of a case in which the taxpayer's own evidence indicated that he doubted the future profitability of his farm. Mr. Gunn's evidence was that he anticipated that his farm had a potential for profit. The Crown adduced no evidence to the contrary, and in fact admitted the potential for future profit. I can find in the record no evidentiary support for

tabac à titre de propriétaire d'une entreprise agricole, plutôt que sous le régime du métayage comme il avait fait auparavant. Il ne fait aucun doute que cela a aggravé ses pertes pour cette année-là—il s'agit de loin des pertes les plus importantes d'après les éléments de preuve qui m'ont été présentés. Toutefois, ce n'était qu'une question de degré; les pertes que l'appelant a subies au cours des 12 années précédentes ne peuvent être expliquées de cette façon. En outre, il est probable, d'après le témoignage de l'appelant, qu'une partie, voire la totalité, du modeste profit qu'il a réalisé en 2002 découle en partie des dépenses engagées pendant les années de démarrage, soit de 1999 à 2001. Des éléments de preuve indiquent que le revenu tiré de la culture du tabac n'a pas été produit avant l'année civile suivant la période où la majorité des dépenses ont été engagées.

Il est vrai que l'appelant a des biens agricoles, dont la valeur s'élève à environ 3 354 M\$. Toutefois, sur ces 3 354 M\$, 2,5 M\$ représentent des terres et des bâtiments, dont certains ont été utilisés à des fins agricoles pendant la période en cause, et d'autres non. Je pense qu'il est raisonnable de conclure que les capitaux investis par l'appelant dans les terres et les bâtiments n'étaient pas à risque de la même façon que les capitaux investis dans la machinerie ou l'inventaire pourraient l'être. Je ne pense pas qu'il s'agisse d'un facteur suffisamment important pour l'emporter sur l'application respective du temps et des efforts de l'appelant ou sur la rentabilité potentielle respective du cabinet d'avocats et de l'exploitation agricole.

[85] La réponse du juge à la question principale était fondée sur les principes de l'arrêt *Moldowan* servant à déterminer quelle est la principale source de revenu d'un contribuable, ainsi que sur le commentaire de l'arrêt *Morrissey c. Canada* (précité) selon lequel, s'il est improbable que les activités agricoles du contribuable soient jamais rentables, nonobstant le temps et l'argent que le contribuable est disposé et apte à consacrer à l'agriculture, alors il faut en conclure que l'agriculture n'est pas une source principale du revenu du contribuable.

[86] À mon avis, le principe de la jurisprudence *Morrissey* n'est pas pertinent au cas de M. Gunn. L'observation susmentionnée tirée de l'arrêt *Morrissey* se rapportait au cas où, selon le propre témoignage du contribuable, il doutait de la rentabilité future de sa ferme. Dans son témoignage, M. Gunn disait qu'il voyait un potentiel de gain dans sa ferme. L'intimée n'a produit aucune preuve en sens contraire, reconnaissant même les possibilités de profit pour l'avenir. Je ne vois

the Judge's conclusion that Mr. Gunn's farming operations showed no potential for profit. That is a sufficient basis for setting aside the Tax Court judgment. However, there is also a second reason.

[87] Once the Judge answered the principal question in the negative, he was obliged to consider the combination question. In doing so, he considered only Mr. Gunn's argument that the financial success of his law practice is attributable in part to a synergy between it and his farming operation. Mr. Gunn argued that this factual link was a sufficient basis for concluding that his farming operation and his law practice, in combination, comprise his chief source of income, with the result that section 31 of the Act could not apply to him. Mr. Gunn relied on *Gestion S.A.P. Inc. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1994] 1 C.T.C. 2450 (T.C.C.). In that case, the combination question was answered in the taxpayer's favour on the basis that it operated a successful grocery store that sold high-quality meat produced on its own farm. The taxpayer's farming and retail operations were integrally connected in that the farm owed its existence to the retail operation, was nurtured by the retail operation, and existed for the retail operation.

[88] The Judge rejected Mr. Gunn's argument on this point because his farm was not a major contributor to the success of the law practice, and the law practice did not owe its existence or its success to the farm. That conclusion appears to be based on the premise that, in determining whether section 31 applies to a particular taxpayer, farming and a second source of income cannot be "combined" unless there is a connection that is analogous to the connection in *Gestion S.A.P.*

[89] In my view, that is not the correct interpretation of the combination question in section 31. While it is true that the facts of *Gestion S.A.P.* are distinguishable from the facts of this case, it does not follow that the combination question must be answered in the negative unless the connection between the farm and the other

dans le dossier aucun élément autorisant le juge à dire que les activités agricoles de M. Gunn ne laissaient espérer aucune possibilité de profit. C'est là un motif suffisant pour infirmer le jugement de la Cour de l'impôt. Cependant, il y a aussi un deuxième motif.

[87] Après que le juge eut répondu à la question principale par la négative, il devait se pencher sur la question de la combinaison. Ce faisant, il n'a pris en compte que l'argument de M. Gunn selon lequel le succès financier de son cabinet d'avocats était attribuable en partie à une synergie entre son cabinet et son exploitation agricole. M. Gunn a fait valoir que ce lien concret suffisait pour conclure que son exploitation agricole et son cabinet d'avocats, considérés de concert, constituaient sa principale source de revenu, et donc que l'article 31 de la Loi ne pouvait pas s'appliquer à lui. M. Gunn s'est appuyé sur la décision *Gestion S.A.P. Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national)* (1993), 94 DTC 1342 (C.C.I.). Dans cette affaire, il a été répondu à la question de la combinaison en faveur de la contribuable, au motif qu'elle exploitait une épicerie florissante qui vendait des viandes de grande qualité produites sur sa propre ferme. Les activités agricoles et les activités de détail de la contribuable étaient intégrées verticalement, en ce sens que la ferme devait son existence aux activités de détail, elle était active grâce aux activités de détail et elle existait pour les activités de détail.

[88] Le juge a rejeté l'argument de M. Gunn sur ce point parce que sa ferme ne contribuait pas d'une manière significative à la prospérité de son cabinet d'avocats, et parce que le cabinet d'avocats ne devait pas son existence ou son succès à la ferme. Cette conclusion semble fondée sur l'idée que, pour savoir si l'article 31 s'applique à un contribuable donné, l'agriculture et une seconde source de revenu ne peuvent pas être « combinées » à moins qu'il existe un lien analogue à celui dont il était question dans la décision *Gestion S.A.P.*

[89] À mon avis, ce n'est pas là la bonne manière d'interpréter la question de la combinaison visée par l'article 31. Il est vrai qu'il y a une distinction entre les faits de la décision *Gestion S.A.P.* et ceux de la présente cause, mais il ne s'ensuit pas qu'il faille répondre par la négative à la question de la combinaison à moins que le

source of income is as close as the farm and the grocery store in that case. As that error in principle is the foundation of the Judge's conclusion on the combination question, it is necessary for this Court to consider that question anew.

[90] A factual connection between farming and another source of income is not a precondition for a positive answer to the combination question in section 31. The notion of "connectedness" has never been part of section 31; indeed it does not appear in its statutory predecessor, section 10 of the *Income War Tax Act*, after 1923.

[91] However, it does not follow that the existence of a connection between farming and the other source of income is irrelevant to the combination question. In this case, Mr. Gunn testified that his farming activities resulted in connections that enhanced the profitability of his law practice. He did not suggest that his law practice owed its existence to his farm, or that any of the expenses of his farming operation were so integrally tied to his law practice that they should, for example, be deductible in computing income from his law practice. His point, as I understand it, was that his time and resources were not neatly divided between farming and the practice of law. Rather, his day-to-day life involved both, and the contacts he made in farming became valuable to his law practice. This seems to me to be a "combination" in the most ordinary meaning of that word. In my view, Mr. Gunn's evidence of the unique "synergy" between his farm and his law practice should have been given some weight in the context of the combination question.

[92] In addition to that factual connection, it is clear from the record that Mr. Gunn's farm and his law practice together comprise virtually all of his income and represent most, if not all, of Mr. Gunn's business-related capital. His farm investment and his farm losses are subsidized by his law practice, leaving overall a substantial income. For the reasons explained in the discussion above, I would have adopted a more

lien entre la ferme et l'autre source de revenu soit aussi étroit que le lien entre la ferme et l'épicerie dans l'espèce *Gestion S.A.P.* Comme cette erreur de principe constitue le fondement de la conclusion du juge sur la question de la combinaison, la Cour doit se pencher à nouveau sur cette question.

[90] Un lien concret entre l'agriculture et une autre source de revenu ne constitue pas une condition préalable à une réponse positive à la question de la combinaison dont parle l'article 31. La notion de « lien » n'a jamais été mentionnée dans l'article 31; elle n'apparaît d'ailleurs pas dans l'article 10 de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, l'ancêtre de l'article 31 après 1923.

[91] Cependant, cela ne veut pas dire que l'existence d'un lien entre l'agriculture et l'autre source de revenu n'a pas de pertinence quant à la question de la combinaison. En l'espèce, M. Gunn a témoigné que grâce à ses activités agricoles, il se faisait des relations qui accroissaient la rentabilité de son cabinet d'avocats. Il n'a pas dit que son cabinet d'avocats devait son existence à sa ferme ou que les dépenses de son exploitation agricole étaient si étroitement rattachées à son cabinet qu'elles devraient, par exemple, être déductibles du revenu de son cabinet. Ce qu'il voulait dire, selon moi, c'est qu'il était impossible de répartir nettement, entre l'agriculture et le droit, le temps et les ressources qu'il consacrait à chacune de ces activités. Son quotidien mêlait plutôt les deux, et les relations qu'il tissait dans les milieux agricoles devenaient utiles pour son cabinet. Il me semble qu'il y avait là une « combinaison » au sens le plus ordinaire de ce mot. À mon avis, il aurait fallu accorder au témoignage de M. Gunn, qui faisait état de la « synergie » particulière entre sa ferme et son cabinet, un certain poids en ce qui a trait à la question de la combinaison.

[92] Outre ce lien concret, il ressort clairement du dossier que la ferme et le cabinet de M. Gunn forment la quasi-totalité de son revenu et constituent la majeure partie, sinon la totalité, du capital professionnel de M. Gunn. Ses investissements agricoles et ses pertes agricoles sont subventionnés par son cabinet, donnant lieu globalement à un revenu important. Pour les motifs donnés dans mon analyse ci-dessus, j'aurais adopté une

generous interpretation of the combination question in section 31 that requires an aggregation of the various relevant economic factors (capital, income and time), leading to the conclusion that Mr. Gunn's chief source of income is a combination of farming and the practice of law.

[93] In my view, the result would be the same in this case even if the authority of *Moldowan* precludes me from adopting the more generous interpretation of the combination question. I am unable to distinguish this case from *Kroeker*, particularly once it is recognized that it makes no difference that Ms. Kroeker's non-farm income was from employment, while Mr. Gunn's is from a more lucrative law practice. I also find it difficult to characterize Mr. Gunn's farming activities as a mere sideline, given his substantial investment of capital, time and expertise, and his undisputed evidence as the profit potential of his farm. When all of that evidence is considered in light of Mr. Gunn's evidence as to the ways in which his law practice is enhanced by the factual connection between the farm and the law practice, I would conclude that even on the *Moldowan* interpretation of the combination question, the answer to the combination question is "yes". It follows that he should be entitled to a full deduction for his farm losses.

### Conclusion

[94] I would allow this appeal with costs in this Court and in the Tax Court, and I would set aside the Tax Court judgment and refer this matter back to the Minister for reassessment on the basis that section 31 of the *Income Tax Act* did not apply to Mr. Gunn in the years under appeal.

SEXTON J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

interprétation plus libérale de la question de la combinaison dont parle l'article 31, une interprétation qui commande d'agrèger les divers facteurs économiques pertinents (capital, revenu et temps), et donc conclu que la principale source de revenu de M. Gunn est une combinaison de ses activités agricoles et juridiques.

[93] Je conclurais dans le même sens même si la jurisprudence *Moldowan* m'empêchait d'adopter l'interprétation plus libérale de la question de la combinaison. Il m'est impossible de distinguer les faits de la présente cause de ceux de l'affaire *Kroeker*, surtout si l'on admet qu'il est indifférent que le revenu non agricole de M<sup>me</sup> Kroeker fût un revenu d'emploi alors que celui de M. Gunn est le revenu plus lucratif d'un cabinet d'avocats. Je trouve également difficile de qualifier les activités agricoles de M. Gunn de simples activités secondaires, surtout si l'on considère l'investissement appréciable en capital, en temps et en expertise qu'il y a consacré, et son témoignage non contesté relatif aux possibilités de profit de sa ferme. Si l'on considère l'ensemble de cette preuve à la lumière du témoignage de M. Gunn, selon lequel l'exercice de sa profession d'avocat est stimulé par le lien concret entre ses activités agricoles et juridiques, je conclurais que, même au vu de la jurisprudence *Moldowan* quant à la question de la combinaison, la réponse à cette question serait affirmative. Il s'ensuit qu'il doit bénéficier d'une déduction intégrale de ses pertes agricoles.

### Dispositif

[94] J'accueillerai le présent appel, avec dépens dans la présente instance devant la Cour et devant la Cour canadienne de l'impôt, et j'infirmerai le jugement de la Cour de l'impôt et renverrais cette affaire au ministre pour nouvelle cotisation, étant entendu que l'article 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'appliquait pas à M. Gunn pour les années visées par l'appel.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

A-549-05  
2006 FCA 335

A-549-05  
2006 CAF 335

**Hoffmann-La Roche Limited** (*Appellant*)

**Hoffmann-La Roche Limitée** (*appelante*)

v.

c.

**The Minister of Health and The Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Le ministre de la Santé et Le procureur général du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: HOFFMANN-LA ROCHE LTD. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : HOFFMANN-LA ROCHE LTÉE c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Noël, Sharlow and Pelletier J.J.A.—Ottawa, September 6 and October 18, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sharlow et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 6 septembre et 18 octobre 2006.

*Patents—Practice—Appeal from Federal Court judgment dismissing application for judicial review of Minister of Health's decision not to list Canadian Patent No. 2141964 ('964 patent) on patent register—Appellant seeking to have '964 patent, issued on October 21, 2003, listed against drug Bondronat—Notice of compliance for Bondronat issued to Boehringer Mannheim Canada Ltd. in August 1997—After Boehringer Canada, appellant consolidating in 1998, Minister accepting appellant as de facto corporate successor thereof, owner of listed drug products, related documentation—Appellant subsequently filing submission (administrative submission) for change in manufacturer's name regarding Bondronat, receiving notice of compliance therefor in own name—Although appellant submitting first application to list '964 patent within prescribed time limit, application rejected because submission to which application relating merely administrative submission, and as such could not be used for patent listing application under NOC Regulations, s. 4(4)—Appellant's second application rejected for untimeliness—Minister correct in characterizing first submission as supplement within Food and Drug Regulations, s. C.08.003 that did not engage his obligation to assess safety, effectiveness of drug, as submission reflecting proposed name change of entity marketing Bondronat and notice of compliance for Bondronat already issued to Boehringer Canada—When appellant submitted application to list '964 patent with respect to Bondronat, appellant continuation of Boehringer Canada given amalgamation—Because supplement to new drug submission supporting patent listing application made only to reflect change in manufacturer's name, supplement not submission capable of supporting filing of new or amended patent list—This conclusion established by Court's case law—Minister also correctly rejecting appellant's second application because filed outside 30-day time limit—Appeal dismissed (Pelletier J.A. dissenting).*

*Brevets — Pratique — Appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre de la Santé de ne pas inscrire le brevet canadien n° 2141964 (le brevet '964) au registre des brevets — L'appelante cherchait à inscrire le brevet '964 qui a été délivré le 21 octobre 2003 à l'égard de la drogue Bondronat — L'avis de conformité à l'égard du Bondronat a été délivré à Boehringer Mannheim Canada Ltée en août 1997 — Après la fusion de Boehringer Canada et de l'appelante en 1998, le ministre a accepté que l'appelante succède dans les faits à Boehringer Canada à l'égard des produits médicamenteux et de la documentation connexe — Par la suite, l'appelante a déposé une présentation (présentation administrative) en vue du changement de nom du fabricant à l'égard du Bondronat pour recevoir un avis de conformité à l'égard de celui-ci en son propre nom — Bien que l'appelante ait déposé la première demande d'inscription du brevet '964 dans les délais prescrits, la demande a été rejetée parce la présentation, s'agissant d'une simple présentation administrative, ne pouvait pas être utilisée dans une demande d'inscription de brevets en application de l'art. 4(4) du Règlement — La deuxième demande de l'appelante a été rejetée parce qu'elle était hors délai — La caractérisation, par le ministre, de la première présentation comme un supplément au sens de l'art. C.08.003 du Règlement sur les aliments et drogues ne déclenchant pas son obligation d'évaluer l'innocuité ou l'efficacité de la drogue était exacte parce que la présentation signalait le changement de nom projeté de l'entité qui allait commercialiser le Bondronat et un avis de conformité à l'égard du Bondronat avait déjà été délivré à Boehringer Canada — Lorsque l'appelante a déposé la demande d'inscription du brevet '964 à l'égard du Bondronat, elle succédait à Boehringer Canada en raison de la fusion — Parce qu'un supplément à la présentation de drogue nouvelle à l'appui d'une demande d'inscription de brevet a été déposé uniquement pour indiquer un changement dans le nom du fabricant, il ne peut justifier le dépôt d'une nouvelle liste de brevets ou d'une liste de brevets modifiée — La jurisprudence de la Cour établit cette*

This was an appeal from a Federal Court judgment dismissing the appellant's application for judicial review of the Minister of Health's decision not to list Canadian Patent No. 2141964 ('964 patent) on the patent register maintained under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations).

Pursuant to section C.08.002 of the *Food and Drug Regulations*, no drug can be marketed in Canada unless the Minister has issued a notice of compliance for that drug under those Regulations. A notice of compliance is obtained by filing a new drug submission or an abbreviated new drug submission containing prescribed information that is intended to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the drug. If certain significant changes relating to a drug for which a notice of compliance has been issued (i.e. drug's description, labels used in connection with the drug, drug's brand name, etc.) are made, a supplement to a new drug submission is required under section C.08.003 of the *Food and Drug Regulations*. Some supplements to new drug submissions are referred to as "administrative" new drug submissions. Such supplements do not directly engage the Minister's obligation to ensure the safety or effectiveness of a drug. The "patent register" is an important part of the NOC Regulations and is a collection of patent lists. Each patent list relates to a particular drug for which a notice of compliance has been issued. Section 4 contains the rules for the creation and maintenance of those lists. Under subsection 4(5) of the NOC Regulations, a new or amended patent list submitted under subsection 4(4) must identify the submission to which the patent list relates and the date on which that submission was filed. The word "submission" in section 4 of the Regulations refers to a submission made under the *Food and Drug Regulations*. A patent list filed under subsection 4(1) of the NOC Regulations or a new or amended patent list filed under subsection 4(4) must have as its foundation a specific submission made under the *Food and Drug Regulations*.

On July 26, 1996, Boehringer Mannheim Canada Ltd. (Boehringer Canada) filed a new drug submission (submission number 044900) under section C.08.002 of the *Food and Drug Regulations* in order to obtain a notice of compliance for the drug Bondronat, which notice was issued on August 27,

*conclusion — Le ministre avait aussi raison de rejeter la deuxième demande de l'appelante parce qu'elle a été déposée hors délai — Appel rejeté (juge Pelletier, J.C.A., dissident).*

Il s'agissait d'un appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'égard de la décision du ministre de la Santé de ne pas inscrire le brevet canadien n° 2141964 (le brevet '964) au registre des brevets tenu en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement).

Aux termes de l'article C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*, aucune drogue ne peut être commercialisée au Canada si le ministre n'a pas délivré un avis de conformité pour cette drogue en vertu de ce règlement. Pour obtenir un avis de conformité, il faut déposer une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle contenant des renseignements prescrits pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue. L'article C.08.003 du *Règlement sur les aliments et drogues* exige un supplément à la présentation de drogue nouvelle pour faire état de certains changements importants apportés à une drogue à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré (notamment la description de la drogue, les étiquettes à utiliser pour la drogue, la marque nominative de la drogue, etc.). Certains suppléments à la présentation de drogue nouvelle sont désignés comme étant des présentations « administratives » de drogue nouvelle. Ces suppléments ne mettent pas directement en cause l'obligation du ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité d'une drogue. Le « registre des brevets » est un élément important du Règlement et est un ensemble de listes de brevets. Chaque liste de brevets est liée à une drogue spécifique à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré. L'article 4 renferme les dispositions concernant la création et la mise à jour de ces listes. En vertu du paragraphe 4(5) du Règlement, une nouvelle liste de brevets ou une liste de brevets modifiée soumise conformément au paragraphe 4(4) doit indiquer la demande d'avis de conformité à laquelle se rapporte la liste et préciser la date de dépôt de la demande. Le terme « demande » figurant à l'article 4 du Règlement désigne une demande faite sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*. Une liste de brevets soumise en vertu du paragraphe 4(1) du Règlement ou une nouvelle liste de brevets ou encore une liste de brevets modifiée soumise conformément au paragraphe 4(4) doit avoir pour fondement une demande spécifique faite en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*.

Le 26 juillet 1996, Boehringer Mannheim Canada Ltée (Boehringer Canada) a déposé une présentation de drogue nouvelle (numéro de présentation 044900) conformément à l'article C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues* en vue d'obtenir un avis de conformité pour une drogue nommée

1997. Boehringer Canada notified the Minister in a letter dated March 31, 1998, that it had consolidated with the appellant, giving the appellant full right of access and ownership to the drug products listed therein (including Bondronat) and to related documentation on file with the Minister. Thereafter, for the purposes of the *Food and Drug Regulations*, the Minister accepted the appellant as the *de facto* corporate successor of Boehringer Canada with respect to Bondronat and all Bondronat files maintained by the Minister. The appellant later notified the Minister that the resulting consolidated corporation would operate under its name and that changes in the manufacturer's name would be made shortly. After the appellant filed a submission on April 30, 1998, relating to Bondronat (submission number 056442) for a change in the manufacturer's name, a notice of compliance was issued on June 8, 1998, allowing the appellant to market Bondronat in its own name. As legally required, articles reflecting that amalgamation were subsequently registered, thereby giving legal effect to the *de facto* corporate succession that had been previously recognized by the Minister.

When the '964 patent was issued on October 21, 2003, the 30-day period referred to in subsection 4(4) of the NOC Regulations during which the appellant was entitled to submit an application to list that patent on the patent register began to run. On November 18, 2003, the appellant submitted an application to list the '964 patent with respect to Bondronat and referred to submission number 056442 on its application. On December 2, 2003, the Minister rejected the appellant's application on the basis that that submission was merely an administrative submission for a change of name and was not the kind of submission that could properly be used as a reference for a patent listing application under subsection 4(4) of the NOC Regulations. The appellant's new application filed on December 22, 2003, in which both submission numbers 056442 and 044900 were indicated, was rejected for being out of time.

The issue was whether the Federal Court was correct in concluding that a new patent list could not be filed on the basis of the supplement to a new drug submission filed by the appellant in the above circumstances.

*Held* (Pelletier J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Sharlow J.A. (concurring reasons by Noël J.A.): With respect to the November 18, 2003 patent listing application, the Minister's characterization of the April 30, 1998 submission as a supplement within the scope of section C.08.003 of the *Food and Drug Regulations* that did not

Bondronat; cet avis a été délivré le 27 août 1997. Par lettre datée du 31 mars 1998, Boehringer Canada a informé le ministre qu'elle avait fusionné avec l'appelante, lui accordant tous les droits d'accès et de propriété relativement aux produits médicamenteux énumérés dans cette lettre (y compris le Bondronat) et à la documentation connexe consignée au dossier auprès du ministre. Pour l'application du *Règlement sur les aliments et drogues*, le ministre a ensuite accepté que l'appelante succède dans les faits à Boehringer Canada à l'égard du Bondronat et des dossiers relatifs au Bondronat qu'il tenait. Par la suite, l'appelante a informé le ministre que la société issue de la fusion porterait son nom et que le changement de nom du fabricant serait fait dans un proche avenir. Après que l'appelante a déposé une demande relative au Bondronat (numéro de présentation 056442) le 30 avril 1998 pour un changement de nom du fabricant, un avis de conformité a été délivré le 8 juin 1998, permettant à l'appelante de commercialiser le Bondronat sous son nom. Comme la législation le prescrit, les statuts relatifs à la fusion ont été enregistrés par la suite, donnant ainsi un effet juridique à la succession commerciale *de facto* que le ministre avait reconnue auparavant.

Le délai de 30 jours dont il est question au paragraphe 4(4) du Règlement, pendant lequel l'appelante pouvait soumettre une demande d'inscription du brevet '964 au registre des brevets, a commencé à courir le 21 octobre 2003, date où ce brevet a été délivré. Le 18 novembre 2003, l'appelante a présenté une demande d'inscription du brevet '964 à l'égard du Bondronat et y a inscrit le numéro de présentation 056442. Le 2 décembre 2003, le ministre a rejeté la demande de l'appelante au motif qu'il s'agissait d'une simple présentation administrative signalant un changement de nom et qu'il ne s'agissait pas d'une présentation pouvant être convenablement utilisée comme référence dans une demande d'inscription de brevets en application du paragraphe 4(4) du Règlement. La nouvelle demande que l'appelante a déposée le 22 décembre 2003, dans laquelle les présentations numéros 056442 et 044900 ont été nommées, a été rejetée au motif qu'elle était hors délai.

La question était de savoir si la Cour fédérale a eu raison de conclure que le supplément à la présentation de drogue nouvelle que l'appelante a déposé ne justifiait pas le dépôt d'une nouvelle liste de brevets dans les circonstances décrites ci-dessus.

*Arrêt* (juge Pelletier, J.C.A., dissident) : l'appel est rejeté.

La juge Sharlow, J.C.A. (motifs concourants par le juge Noël, J.C.A.) : Pour ce qui est de la demande d'inscription du brevet du 18 novembre 2003, la caractérisation, par le ministre, de la présentation du 30 avril 1998 comme un supplément au sens de l'article C.08.003 du *Règlement sur les*

engage his obligation to assess the safety or effectiveness of the drug was correct. On that date, there was an existing notice of compliance for Bondronat that had been issued to Boehringer Canada. The April 30, 1998 submission reflected a proposed change in the name of the entity that would be marketing Bondronat. The Court's case law has established that a supplement to a new drug submission, if made only to reflect a change in the name of the drug or the manufacturer, is not a submission that can support the filing of a new or amended patent list. If the patent listing application had identified the original new drug submission filed by Boehringer Canada in 1996 (submission number 044900), the '964 patent would have been accepted for listing in respect of Bondronat because in November 2003, as a result of the amalgamation in July 1998, the appellant was a continuation of Boehringer Canada and stood in its shoes *vis-à-vis* the Minister.

With respect to the appellant's second patent listing application, dated December 22, 2003, the application was filed outside the 30-day time limit prescribed in subsection 4(4) of the NOC Regulations and was correctly rejected by the Minister.

*Per Pelletier J.A. (dissenting):* This was a case of the issuance of an NOC on the basis of a change of ownership of the drug referred to in the NOC. The fact that the Minister treated this as a matter of limited significance, based upon his administrative policy, was irrelevant. The principle underlying the Minister's rejection of the appellant's November 18, 2003, patent list submission was that a change in the name of a drug manufacture "[c]ould not] possibly be relevant to any potential claim for infringement of a patent for a medicine found in the drug." This proposition was too broadly stated. The presence of a patent on the patent register is the trigger for the anti-infringement aspects of the NOC Regulations. A person acquiring ownership of a drug for which an NOC has been issued in someone else's name must make a submission for an NOC with respect to that drug in its own name in order to market that drug. Therefore, a submission for the issuance of an NOC on the basis of a change in the ownership of that drug must be considered a submission for the purpose of filing a patent list.

Treating a submission to reflect a change of ownership as sufficient to support the filing of a patent list is consistent with the purpose of the NOC Regulations and is not inconsistent with the Federal Court of Appeal's case law, which has not previously addressed the distinction between a change of name and a change of ownership. It was no answer for the Minister to say that the appellant could file its patent list the

*aliments et drogues* qui ne déclenchait pas son obligation d'évaluer l'innocuité ou l'efficacité de la drogue était exacte. Il y avait déjà, à cette date, un avis de conformité à l'égard du Bondronat qui avait été délivré à Boehringer Canada. La présentation du 30 avril 1998 signalait le changement de nom projeté de l'entité qui allait commercialiser le Bondronat. La jurisprudence de la Cour a établi qu'un supplément à la présentation de drogue nouvelle déposé uniquement pour indiquer un changement dans le nom de la drogue ou du fabricant ne peut justifier le dépôt d'une nouvelle liste de brevets ou d'une liste de brevets modifiée. Si la demande d'inscription de brevet avait renvoyé à la présentation initiale de drogue nouvelle que Boehringer Canada avait déposée en 1996 (numéro de présentation 044900), on aurait autorisé l'inscription du brevet '964 à l'égard du Bondronat parce qu'en novembre 2003, à la suite de la fusion de juillet 1998, l'appelante succédait à Boehringer Canada et se substituait à celle-ci vis-à-vis du ministre.

La deuxième demande d'inscription de brevet, datée du 22 décembre 2003, a été déposée après le délai de 30 jours prévu par le paragraphe 4(4) du Règlement et elle a été rejetée à juste titre par le ministre.

*Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) :* Il s'agissait en l'espèce de la délivrance d'un avis de conformité par suite du changement de propriété à l'égard de la drogue mentionnée dans l'avis de conformité. Que le ministre n'y ait accordé que peu d'importance, du fait de sa politique administrative, n'avait tout simplement aucune importance. Le principe sous-tendant le rejet par le ministre de la demande de liste de brevets déposée par l'appelante le 18 novembre 2003 était qu'un changement du nom du fabricant d'une drogue « ne p[ouvait] avoir d'influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet concernant un médicament contenu dans la drogue ». Cette proposition était énoncée de façon trop générale. La présence d'un brevet inscrit au registre entraîne l'application des dispositions empêchant la contrefaçon prévues par le Règlement. Une personne qui acquiert la propriété d'une drogue à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré sous le nom d'une autre doit déposer, sous son nom, une demande d'avis de conformité relativement à cette drogue afin de la commercialiser. Par conséquent, une demande d'avis de conformité relative à une drogue fondée sur un changement de propriétaire devrait être considérée comme une demande aux fins du dépôt d'une liste de brevets.

Considérer qu'une présentation signalant un changement de propriétaire suffit pour justifier le dépôt d'une liste de brevets est conforme à la finalité du Règlement, sans s'écarter de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, qui ne s'est jamais encore penchée sur la distinction entre un changement de nom et un changement de propriétaire. Il ne suffisait pas d'affirmer que l'appelante pouvait déposer sa liste de brevets

next time it makes a submission that is relevant to the issue of infringement. That would simply be inviting it to concoct a transaction for the purpose of working around those Regulations. The line of authority on which the Minister relied came into being precisely to prevent manufacturers from manipulating the system on the basis of transactions whose sole object was to work around the system.

la prochaine fois qu'elle allait soumettre une présentation pertinente quant à la question de la contrefaçon. Ce serait simplement l'inviter à concocter une transaction aux fins de contourner le Règlement. Le courant jurisprudentiel sur lequel s'est fondé le ministre a été créé dans le but précis d'empêcher les fabricants de manipuler le système en invoquant des transactions dont l'unique objectif était de contourner le système.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 1 (as am. by S.C. 1994, c. 24, s. 1(F)), 186.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.08.001.1 "Canadian reference product" (as enacted by SOR/95-411, s. 3), C.08.002 (as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4), C.08.003 (as am. *idem*, s. 6).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3), 5 (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318; 199 F.T.R. 142 (F.C.T.D.); affd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425; 2002 FCA 32; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 141; (2005), 253 D.L.R. (4th) 644; 40 C.P.R. (4th) 108; 336 N.R. 383; 2005 FCA 140; affg (2004), 38 C.P.R. (4th) 47; 263 F.T.R. 234; 2004 FC 1547; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58; 253 F.T.R. 195; 2004 FC 736; affd (2005), 39 C.P.R. (4th) 366; 335 N.R. 6; 2005 FCA 175; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232; 227 F.T.R. 261; 2002 FCT 927; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155; 242 F.T.R. 160; 310 N.R. 186; 2003 FCA 274; leave to appeal to S.C.C. refused [2003] S.C.C.A. No. 396 (QL).

##### CONSIDERED:

*Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; 165 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); affd (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.); *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627; 31 C.P.R. (4th) 321; 320 N.R. 37; 2004 FCA 154.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 1 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1(F)), 186.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001.1 « produit de référence canadien » (édicte par DORS/95-411, art. 3), C.08.002 (mod. par DORS/93-2002, art. 24; 95-411, art. 4), C.08.003 (mod., *idem*, art. 6).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3), 5 (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 51 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); conf. par 2002 CAF 32; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 141; 2005 CAF 140; conf. 2004 CF 1547; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 736; conf. par 2005 CAF 175; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 927; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 274; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2003] S.C.C.A. n° 396 (QL).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n° 458 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); conf. par [2001] A.C.F. n° 143 (C.A.) (QL); *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 154.

APPEAL from a Federal Court judgment ((2005), 45 C.P.R. (4th) 439; 2005 FC 1415) dismissing the appellant's application for judicial review of the Minister of Health's decision not to list Canadian Patent No. 2141964 on the patent register maintained under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting.

## APPEARANCES:

*Anthony George Creber and Jay Zakaïb* for appellant.  
*Frederick B. Woyiwada* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal by Hoffmann-La Roche Limited (Roche) of a judgment of the Federal Court ((2005) FC 1415, 45 C.P.R. (4th) 439) dismissing Roche's application for judicial review of the decision of the Minister of Health not to list Canadian Patent No. 2141964 (the '964 patent) on the patent register maintained under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations). The '964 patent was issued on October 21, 2003, from a patent application dated August 19, 1993. Roche seeks to have the '964 patent listed against the drug Bondronat (1 mg/ml ampoules).

Section 4 of the NOC Regulations

[2] The relevant parts of section 4 [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the NOC Regulations read as follows:

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

APPEL d'un jugement de la Cour fédérale (2005 CF 1415) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante à l'égard de la décision du ministre de la Santé de ne pas inscrire le brevet canadien n° 2141964 au registre des brevets tenu en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appel rejeté, le juge Pelletier, J.C.A., dissident.

## ONT COMPARU :

*Anthony George Creber et Jay Zakaïb* pour l'appelante.  
*Frederick B. Woyiwada* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l.*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par Hoffmann-La Roche Limitée (Roche) contre un jugement de la Cour fédérale (2005 CF 1415) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par Roche visant la décision du ministre de la Santé de ne pas inscrire le brevet canadien n° 2141964 (le brevet '964) au registre des brevets tenu en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Le brevet '964, délivré le 21 octobre 2003, était fondé sur une demande de brevet déposée le 19 août 1993. Roche cherche à inscrire le brevet '964 à l'égard de la drogue Bondronat (1 mg/ml ampoules).

L'article 4 du Règlement

[2] Voici les dispositions pertinentes de l'article 4 [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement :

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

...

[...]

(3) Subject to subsection (4), a person who submits a patent list must do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

(5) When a first person submits a patent list or an amendment to an existing patent list in accordance with subsection (4), the first person must identify the submission to which the patent list or the amendment relates, including the date on which the submission was filed.

(6) A person who submits a patent list must keep the list up to date but may not add a patent to an existing patent list except in accordance with subsection (4).

#### Statutory scheme

[3] To put this part of the NOC Regulations in context, it is necessary to understand certain elements of the regulatory scheme for the approval of drugs.

[4] Pursuant to section C.08.002 [as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4] of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, no drug can be marketed in Canada unless the Minister has issued a notice of compliance for that drug under the *Food and Drug Regulations*. A notice of compliance is obtained by filing with the Minister a new drug submission or an abbreviated new drug submission containing prescribed information that is intended to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the drug.

[5] Generally, a “new drug submission” is filed by the innovator or creator of a new drug. An “abbreviated new drug submission” is filed by a generic drug manufacturer who proposes to market a new drug on the basis of certain permitted comparisons to a “Canadian reference product” (as defined in section C.08.001.1 [as enacted by SOR/95-411, s. 3] of the *Food and*

(3) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la demande d’avis de conformité.

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d’avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d’un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d’avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

(5) Lorsque la première personne soumet, conformément au paragraphe (4), une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets, elle doit indiquer la demande d’avis de conformité à laquelle se rapporte la liste ou la modification, en précisant notamment la date de dépôt de la demande.

(6) La personne qui soumet une liste de brevets doit la tenir à jour mais ne peut ajouter de brevets à une liste que si elle le fait en conformité avec le paragraphe (4).

#### Régime légal

[3] Il importe de comprendre certains éléments du régime de réglementation applicable à l’approbation des nouveaux médicaments avant de mettre cette partie du Règlement en contexte.

[4] Aux termes de l’article C.08.002 [mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4] du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, aucune drogue ne peut être commercialisée au Canada si le ministre n’a pas délivré un avis de conformité pour cette drogue en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*. Pour obtenir un avis de conformité, il faut déposer auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle contenant des renseignements prescrits pour permettre au ministre d’évaluer l’innocuité et l’efficacité de la drogue.

[5] En général, c’est l’innovateur ou le créateur d’une drogue nouvelle qui dépose une « présentation de drogue nouvelle ». Le fabricant de médicaments génériques dépose une « présentation abrégée de drogue nouvelle » et propose la commercialisation de la drogue nouvelle sur la base de certaines comparaisons permises avec un « produit de référence canadien » (tel que défini

*Drug Regulations*).

[6] A supplement to a new drug submission is required under section C.08.003 [as am. *idem*, s. 6] of the *Food and Drug Regulations* to reflect certain significant changes relating to a drug for which a notice of compliance has been issued. A supplement must be filed to reflect a change in any of the following:

- the description of the drug: paragraph C.08.003(2)(a),
- the brand name of the drug or its identifying name or code: paragraph C.08.003(2)(b),
- the specifications of the ingredients of the drug: paragraph C.08.003(2)(c),
- the plant and equipment used in the manufacturing, preparation and packaging of the drug: paragraph C.08.003(2)(d),
- the method of manufacture and the controls used in manufacturing, preparation and packaging the drug: paragraph C.08.003(2)(e),
- the tests applied to control the potency, purity, stability and safety of the drug: paragraph C.08.003(2)(f),
- the labels used in connection with the drug: paragraph C.08.003(2)(g),
- the representations made with regard to the drug respecting the recommended route of administration, the dosage, the claims made, the contra-indications and side effects, or the withdrawal period: paragraph C.08.003(2)(h), or
- the dosage form: paragraph C.08.003(2)(i).

[7] The Minister refers to certain supplements to new drug submissions as “administrative” new drug submissions. I understand that to be a functional description, intended to refer to a supplement that does

à l’article C.08.001.1 [édicte par DORS/95-411, art. 3] du *Règlement sur les aliments et drogues*).

[6] L’article C.08.003 [mod., *idem*, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues* exige un supplément à la présentation de drogue nouvelle pour faire état de certains changements importants relatifs à une drogue à l’égard de laquelle un avis de conformité a été délivré. Un supplément doit être déposé pour signaler un changement important dans l’un des éléments suivants :

- la description de la drogue : alinéa C.08.003(2)a);
- la marque nominative ou le nom ou code sous lequel il est proposé de l’identifier : alinéa C.08.003(2)b);
- les spécifications des ingrédients de la drogue : alinéa C.08.003(2)c);
- les installations et l’équipement à utiliser pour la fabrication, la préparation et l’emballage de la drogue : alinéa C.08.003(2)d);
- la méthode de fabrication et les mécanismes de contrôle à appliquer pour la fabrication, la préparation et l’emballage de la drogue : alinéa C.08.003(2)e);
- les analyses effectuées pour contrôler l’activité, la pureté, la stabilité et l’innocuité de la drogue : alinéa C.08.003(2)f);
- les étiquettes à utiliser pour la drogue nouvelle : alinéa C.08.003(2)g);
- les observations faites relativement à la voie d’administration recommandée pour la drogue nouvelle, à la posologie, aux propriétés qui lui sont attribuées, aux contre-indications et aux effets secondaires, au délai d’attente applicable à celle-ci : alinéa C.08.003(2)h);
- la forme posologique : alinéa C.08.003(2)i).

[7] Le ministre désigne certains suppléments à la présentation de drogue nouvelle comme étant une présentation « administrative » de drogue nouvelle. Je crois comprendre qu’il s’agit d’une description fonction-

not engage directly the Minister's obligation to ensure the safety or effectiveness of a drug. An administrative submission normally would include, for example, a supplement that is required to reflect a change in the brand name of a drug or a change of manufacturer.

[8] There are many kinds of commercial transactions that could involve or affect the holder of a notice of compliance that do not require the filing of a supplement under section C.08.003 of the *Food and Drug Regulations*. For example, that provision does not require a supplement to be filed if there is a reorganization of the corporate group of which the holder is a member, if there is a change in the corporate control of the holder, if the assets of the holder are acquired by another entity, or if there is an amalgamation or merger of the holder with another entity. However, if such a transaction requires or results in a change of the brand name of a drug, a change of labelling, or a change of manufacturer, then a submission would be required under paragraph C.08.003(2)(b), (d) or (g), as the case may be, although the *Food and Drug Regulations* do not require the Minister to be notified of the particulars of the underlying transaction.

[9] The NOC Regulations link the regulatory process for drug products to the law relating to patented medicines. The NOC Regulations provide a process for identifying and providing a provisional determination of certain patent-related disputes between the holder of a notice of compliance for a drug (if that person also has certain rights in relation to a patent containing a claim for a medicine in the drug, or for the use of that medicine), and a generic drug manufacturer that files an abbreviated new drug submission making specified comparisons to that drug.

[10] An important aspect of the NOC Regulations is the "patent register". The patent register is a collection of patent lists. Each patent list relates to a particular drug for which a notice of compliance has been issued. Each patent listed for a particular drug must contain a

nelle permettant de faire référence à un supplément qui ne met pas directement en cause l'obligation du ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité d'une drogue. Une présentation administrative comprendrait normalement, par exemple, un supplément requis pour signaler un changement dans la marque nominative d'une drogue ou un changement de fabricant.

[8] Le détenteur d'un avis de conformité peut être mis en cause ou touché par bon nombre de transactions commerciales qui ne nécessitent pas le dépôt d'un supplément aux termes de l'article C.08.003 du *Règlement sur les aliments et drogues*. Cette disposition n'exige pas par exemple le dépôt d'un supplément s'il y a une réorganisation du groupe de sociétés dont le détenteur est membre, si un changement intervient dans le contrôle de l'entreprise du détenteur, si une autre entité acquiert les actifs du détenteur ou s'il y a une fusion entre le détenteur et une autre entité. Toutefois, si une telle transaction requiert ou entraîne un changement de la marque nominative de la drogue, son étiquetage ou un changement de fabricant, il sera alors nécessaire de soumettre une présentation en vertu des alinéas C.08.003(2)b), d) ou g), selon le cas, bien que le *Règlement sur les aliments et drogues* n'exige pas que le ministre soit avisé des détails de la transaction sous-jacente.

[9] Le Règlement lie le processus réglementaire applicable aux médicaments à la législation relative aux médicaments brevetés. Le Règlement prévoit une procédure permettant d'identifier et de trancher provisoirement certains litiges en matière de brevets entre le détenteur d'un avis de conformité à l'égard d'un médicament (si cette personne détient aussi certains droits relativement à un brevet comportant une revendication pour un médicament contenu dans la drogue ou pour l'utilisation de ce médicament) et un fabricant de médicaments génériques qui dépose une présentation abrégée de drogue nouvelle en établissant des comparaisons précises avec cette drogue.

[10] Le « registre des brevets » est un élément important du Règlement. Le registre des brevets est un ensemble de listes de brevets. Chaque liste de brevets est liée à une drogue spécifique à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré. Chaque brevet inscrit à

claim for the medicine in the drug, or for the use of that medicine. If a generic drug manufacturer files an abbreviated new drug submission making one of the specified comparisons to a drug for which a notice of compliance has been issued, each patent on the patent list for that drug must be addressed under section 5 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the NOC Regulations before the Minister may issue a notice of compliance for the generic drug manufacturer's product.

[11] Section 4 of the NOC Regulations contains the rules for the creation and maintenance of patent lists. Pursuant to subsection 4(1), a person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance for a drug that contains a medicine may submit a patent list in respect of the drug. Subject to certain conditions that are not relevant to this appeal, the patent list may include any patent that contains a claim for the medicine itself, or a claim for the use of the medicine (subsection 4(2) of the NOC Regulations). Subsection 4(3) of the NOC Regulations provides that the submission for a notice of compliance and the patent list must be submitted to the Minister at the same time, subject to the exception in subsection 4(4).

[12] Subsection 4(4) of the NOC Regulations applies if a patent that contains a claim for a medicine in a drug, or for the use of that medicine, is issued after the submission for a notice of compliance for that drug is filed. Such a newly issued patent may be included on a new or amended patent list for that drug if two conditions are met. First, the patent application must have been made before the submission for the notice of compliance was filed. Second, the new or amended patent list must be submitted to the Minister within 30 days after the issuance of the patent.

[13] Subsection 4(5) of the NOC Regulations states that a new or amended patent list submitted under

l'égard d'une drogue particulière doit comporter une revendication pour le médicament contenu dans la drogue ou pour l'utilisation dudit médicament. Si un fabricant de médicaments génériques dépose une présentation abrégée de drogue nouvelle dans laquelle il fait l'une des comparaisons précises avec une drogue à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré, chaque brevet inscrit sur la liste des brevets de cette drogue doit être examiné conformément à l'article 5 [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du Règlement avant que le ministre ne délivre un avis de conformité pour le produit du fabricant de médicaments génériques.

[11] L'article 4 du Règlement renferme les dispositions concernant la création et la mise à jour des listes de brevets. En vertu du paragraphe 4(1), une personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre une liste de brevets à l'égard de la drogue. La liste de brevets, sujette à certaines conditions qui ne sont pas pertinentes dans le cadre du présent appel, peut inclure tout brevet comportant une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament (paragraphe 4(2) du Règlement). Le paragraphe 4(3) du Règlement prévoit que sous réserve de l'exception prévue au paragraphe 4(4), la demande d'avis de conformité doit être déposée au même moment que la liste des brevets soumise au ministre.

[12] Le paragraphe 4(4) du Règlement s'applique si un brevet qui comporte une revendication pour un médicament contenu dans une drogue, ou pour l'utilisation de ce médicament, est délivré après le dépôt de la demande d'avis de conformité dudit médicament. Le brevet nouvellement délivré peut être inclus dans une nouvelle liste de brevets ou une liste de brevets modifiée de ce médicament sous deux conditions. Premièrement, la demande de brevet doit avoir été soumise avant le dépôt de la demande d'avis de conformité. Deuxièmement, la nouvelle liste de brevets ou la liste de brevets modifiée doit être soumise au ministre dans les 30 jours suivant la délivrance du brevet.

[13] Le paragraphe 4(5) du Règlement dispose qu'une nouvelle liste de brevets ou une liste de brevets modifiée

subsection 4(4) must identify the submission to which the patent list relates and the date on which that submission was filed.

#### The jurisprudence

[14] The word “submission” in section 4 of the NOC Regulations refers to a submission made under the *Food and Drug Regulations*. A patent list filed under subsection 4(1) of the NOC Regulations, or a new or amended patent list filed under subsection 4(4), must have as its foundation a specific submission made under the *Food and Drug Regulations* (see subsection 4(5) of the NOC Regulations).

[15] In a number of cases, the Minister and the generic drug manufacturers have taken the position that section 4 of the NOC Regulations should be construed narrowly, so that a supplement to a new drug submission should not be considered to be a “submission” for the purposes of section 4 of the NOC Regulations. That argument has been accepted in the Federal Court and in this Court in certain circumstances, but not in others. The result is that a supplement to a new drug submission may or may not be found to be a sufficient foundation for the filing of a new or amended patent list, depending upon why the supplement is filed. The relevant jurisprudence is reviewed below.

[16] The earliest case on this point is *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.); affd (2001), 11 C.P.R. (4th) 538 (F.C.A.). In that case, a supplement to a new drug submission had been filed to reflect a new indication for an existing drug. That supplement was held to be a sufficient foundation for the filing of a new patent list naming a patent for a new formulation of the medicine in the drug.

[17] *Apotex* involved the NOC Regulations as they read in 1993, before they were substantially amended in 1998. The jurisprudence in relation to the current version of the NOC Regulations begins with

soumise conformément au paragraphe 4(4) doit indiquer la demande d’avis de conformité à laquelle se rapporte la liste et préciser la date de dépôt de la demande.

#### La jurisprudence

[14] Le terme « demande » figurant à l’article 4 du Règlement désigne une demande faite sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*. Une liste de brevets soumise aux termes du paragraphe 4(1) du Règlement ou une nouvelle liste de brevets ou encore une liste de brevets modifiée soumise conformément au paragraphe 4(4) doit avoir pour fondement une demande spécifique faite en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues* (voir paragraphe 4(5) du Règlement).

[15] Dans un certain nombre de décisions, le ministre et les fabricants de médicaments génériques ont été d’avis que l’article 4 du Règlement doit être interprété de manière restrictive, de telle sorte qu’un supplément à la présentation de drogue nouvelle ne puisse être considéré comme une « demande » aux fins de l’article 4 du Règlement. Cet argument a été accepté par la Cour fédérale et par notre Cour dans certaines circonstances, mais pas dans d’autres. Il en résulte qu’un supplément à la présentation de drogue nouvelle peut ou peut ne pas être considéré comme un fondement suffisant justifiant le dépôt d’une nouvelle liste de brevets ou d’une liste de brevets modifiée, selon la raison pour laquelle le supplément est déposé. La jurisprudence pertinente est examinée ci-dessous.

[16] La plus ancienne décision à cet égard est *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [1999] A.C.F. n° 458 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), conf. par [2001] A.C.F. n° 143 (C.A.) (QL). Dans cette affaire, un supplément à la présentation de drogue nouvelle a été déposé pour signaler un changement à une drogue existante. On a statué que ledit supplément constituait un fondement suffisant justifiant le dépôt d’une nouvelle liste de brevets désignant un brevet pour une nouvelle formulation du médicament contenu dans la drogue.

[17] L’affaire *Apotex* mettait en cause le Règlement tel qu’il existait en 1993, avant qu’il ne soit considérablement modifié en 1998. La jurisprudence relative à la version actuelle du Règlement commence

*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.); aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 425 (F.C.A.).

[18] In *Bristol-Myers Squibb*, a supplement to a new drug submission filed to reflect a change in the brand name of a drug was not permitted to support the filing of a new patent list. It was found as a fact in that case that the applicant, having previously made the mistake of omitting a patent from an earlier patent list, was attempting to use the device of a supplement, and the principle from the *Apotex* case referred to above, to avoid the time limitations in section 4 of the NOC Regulations. The same conclusion was reached on similar facts in *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232 (F.C.T.D.), and in *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155 (F.C.A.) (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied [[2003] S.C.C.A. No. 396 (QL)]).

[19] On the other hand, in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 239 D.L.R. (4th) 627 (F.C.A.), a supplement to a new drug submission was found to be a sufficient basis for the filing of a new patent list. Abbott had a notice of compliance permitting it to sell Biaxin (clarithromycin) in combination with amoxicillin and omeprazole for use as a triple drug therapy for the treatment of *H. pylori* infections. It wished to obtain a new notice of compliance to sell a different drug combination, using lansoprazole instead of omeprazole. A subsidiary of Abbott called TAP Pharmaceuticals had obtained a notice of compliance for the combination of clarithromycin, amoxicillin and lansoprazole. However, Abbott could not sell that combination in its own name without obtaining from the Minister a new notice of compliance. To that end, Abbott filed a supplement to its new drug submission to change its product monograph by adding a cross-reference to the product monograph of TAP Pharmaceuticals. At the same time, Abbott filed a patent list that included a patent that made certain claims in relation to clarithromycin. Some years later, a generic drug manufacturer filed an abbreviated new drug submission comparing its proposed combination product to Abbott's combination product. Abbott responded with

avec l'affaire *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 51 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); conf. par 2002 CAF 32.

[18] Dans l'affaire *Bristol-Myers Squibb*, un supplément à la présentation de drogue nouvelle déposé pour signaler un changement dans la marque nominative de la drogue n'a pas pu justifier le dépôt d'une nouvelle liste de brevets. Dans cette affaire, il a été conclu que la demanderesse, qui avait commis l'erreur d'omettre d'inscrire un brevet sur une liste de brevets déposée plus tôt, avait essayé d'avoir recours à la notion de supplément et au principe dégagé de l'affaire *Apotex*, précitée, afin d'éviter le délai imparti par l'article 4 du Règlement. On a tiré la même conclusion en présence de faits similaires dans l'affaire *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 927, et dans l'affaire *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 274 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [[2003] S.C.C.A. n° 396 (QL)]).

[19] Par ailleurs, dans l'affaire *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 154, on a conclu qu'un supplément à la présentation de drogue nouvelle suffisait à justifier le dépôt d'une nouvelle liste de brevets. Abbott détenait un avis de conformité lui permettant de vendre le Biaxin (clarithromycine) en combinaison avec l'amoxicilline et l'oméprazole pour un traitement trithérapeutique destiné à lutter contre l'infection *H. pylori*. Abbott souhaitait obtenir un nouvel avis de conformité afin de vendre une combinaison de médicament différente, celle-ci comprenant du lansoprazole au lieu de l'oméprazole. La société TAP Pharmaceuticals, une filiale de Abbott, avait obtenu un avis de conformité à l'égard de la combinaison de la clarithromycine, de l'amoxicilline et du lansoprazole. Abbott ne pouvait cependant pas vendre cette combinaison sous son nom sans avoir obtenu au préalable du ministre un nouvel avis de conformité. Abbott a, à cette fin, déposé un supplément à la présentation de sa drogue nouvelle afin de changer la monographie de son produit en faisant un renvoi à la monographie du produit de TAP Pharmaceuticals. Au même moment, Abbott a déposé une liste de brevets incluant un brevet qui comportait certaines revendications relatives à la clarithromycine. Quelques années

an application under the NOC Regulations for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to the generic drug manufacturer until after the expiry of its patent. The generic drug manufacturer argued that the patent should not have been listed on the basis of a supplement to a new drug submission that merely amended the product monograph. That argument failed because the changes reflected in the supplement were substantive (referring to subparagraph C.08.003(2)(h)(iii) of the *Food and Drug Regulations*) and because there had been no attempt to circumvent the time limitations in section 4 of the NOC Regulations.

[20] The *Abbott* case was interpreted by some as authority for the proposition that a supplement to a new drug submission would support the filing of a new patent list as long as the supplement was not filed in an attempt to circumvent the time limitations in section 4 of the NOC Regulations. That proposition was rejected in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 141 (F.C.A.); affg (2004), 38 C.P.R. (4th) 47 (F.C.). In that case, a supplement to a new drug submission had been filed to reflect an additional manufacturing site. The filing of that supplement was not an attempt to circumvent a time limitation. Nevertheless, the supplement was found to be incapable of supporting the filing of a new patent list because it did not reflect a change that could possibly be relevant to any potential claim for infringement of a patent claiming a medicine in the drug or the use of that medicine.

[21] The same result was reached in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 58 (F.C.); affd (2005), 39 C.P.R. (4th) 366 (F.C.A.). That case involved a supplement to a new drug submission that was required to reflect a change in the name of the manufacturer of the drug

plus tard, un fabricant de médicaments génériques a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle dans laquelle il comparait son produit combiné projeté à celui de Abbott. Abbott a répondu en présentant, conformément au Règlement, une demande afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l'endroit du fabricant de médicaments génériques avant l'expiration de son brevet. Le fabricant de médicaments génériques a fait valoir qu'on n'aurait pas dû inscrire le brevet en tant que supplément à la présentation de drogue nouvelle qui ne modifie que la monographie du produit. Cet argument n'a pas été retenu parce que les changements signalés dans le supplément étaient importants (renvoi au sous-alinéa C.08.003(2)(h)(iii) du *Règlement sur les aliments et drogues*), et parce qu'il n'y a eu aucune tentative de contourner les délais prescrits à l'article 4 du Règlement.

[20] L'affaire *Abbott* a été interprétée par certains comme un précédent à l'appui de la proposition selon laquelle un supplément à la présentation de drogue nouvelle pourrait justifier le dépôt d'une nouvelle liste de brevets pour autant que le supplément n'aura pas été déposé dans l'intention de contourner les délais prescrits à l'article 4 du Règlement. Cette proposition a été rejetée dans l'affaire *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 141 (C.F.); conf. 2004 CF 1547. Dans cette affaire, on a déposé un supplément à la présentation de drogue nouvelle pour signaler l'ajout d'une nouvelle usine de fabrication. Le dépôt de ce supplément n'était pas une tentative de contourner les délais prescrits. On a néanmoins conclu que le supplément ne pouvait pas être produit au soutien du dépôt d'une nouvelle liste de brevets parce qu'il n'incorporait pas un changement pertinent quant à une éventuelle allégation de violation de brevet comportant une revendication pour le médicament contenu dans la drogue ou pour l'utilisation de ce médicament.

[21] On est arrivé à la même conclusion dans l'affaire *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 736; conf. par 2005 CAF 175. Dans cette affaire, un supplément à la présentation de drogue nouvelle était requis pour indiquer un changement dans le nom du fabricant de la drogue par suite de la fusion

following a merger between Astra Pharma Inc. and Zeneca Pharma Inc. The original notice of compliance had been issued to one of the merged corporations. The supplement was held to be incapable of supporting a new patent list.

[22] That is the current state of the jurisprudence. In this case, the issue is whether the Federal Court Judge was correct when he concluded that a new patent list could not be filed on the basis of the supplement to a new drug submission filed by Roche on April 30, 1998, in the circumstances described below.

#### Facts

[23] On July 26, 1996, Boehringer Mannheim Canada Ltd. (Boehringer Canada) filed with the Minister a new drug submission (submission number 044900) under section C.08.002 of the *Food and Drug Regulations* in order to obtain a notice of compliance for a drug called Bondronat. On August 27, 1997, the Minister issued a notice of compliance to Boehringer Canada for Bondronat. It appears that no sales of Bondronat were reported in respect of that notice of compliance.

[24] In a letter to the Minister dated March 31, 1998, Boehringer Canada advised the Minister that Roche had acquired “all of the divisions of Boehringer Mannheim (BM) International”, and that the acquisition was “legally complete”. The letter further advised the Minister that Boehringer Canada granted Roche “full right of access and ownership to the following drug products and corresponding product-related documentation presently on file” with the Minister. Bondronat was one of the drug products listed in the letter.

[25] It is not clear from the March 31, 1998 letter, or anything else in the record, exactly what the “acquisition” involved, except that it seems that Roche had acquired control of Boehringer Canada. I assume that it acquired that control by acquiring the shares of Boehringer Canada or the shares of its parent corporation. However, the reference in the March 31, 1998 letter to “ownership of drug products”, coupled

d’Astra Pharma Inc. et de Zeneca Pharma Inc. L’avis de conformité initial avait été délivré à l’une des sociétés à l’origine de la fusion. Le tribunal a conclu que le supplément ne pouvait justifier le dépôt d’une nouvelle liste de brevets.

[22] Tel est l’état actuel de la jurisprudence. Dans la présente affaire, la question est de savoir si le juge de la Cour fédérale a eu raison de conclure que le supplément à la présentation de drogue nouvelle que Roche a déposé le 30 avril 1998 ne justifiait pas le dépôt d’une nouvelle liste de brevets dans les circonstances décrites ci-après.

#### Les faits

[23] Le 26 juillet 1996, Boehringer Mannheim Canada Ltée (Boehringer Canada) a déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle (numéro de présentation 044900) conformément à l’article C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues* en vue d’obtenir un avis de conformité pour une drogue nommée Bondronat. Le 27 août 1997, le ministre a délivré un avis de conformité à Boehringer Canada à l’égard du Bondronat. Il semble qu’aucune vente de Bondronat n’a été rapportée relativement à cet avis de conformité.

[24] Par lettre datée du 31 mars 1998 adressée au ministre, Boehringer Canada a informé le ministre que Roche avait acquis [TRADUCTION] « toutes les filiales de Boehringer Mannheim (BM) International » et que l’acquisition était [TRADUCTION] « achevée sur le plan juridique ». Dans sa lettre, Boehringer Canada informait aussi le ministre qu’elle avait accordé à Roche [TRADUCTION] « tous les droits d’accès et de propriété des produits médicamenteux suivants et à la documentation connexe consignée au dossier » auprès du ministre. Le Bondronat figurait sur la liste des médicaments dont la lettre faisait mention.

[25] Il ne ressort pas clairement de la lettre du 31 mars 1998, ni d’aucun autre élément au dossier, ce que l’« acquisition » implique exactement, si ce n’est qu’il semble que Roche a acquis le contrôle de Boehringer Canada. Je suppose que Roche a obtenu ledit contrôle en acquérant les actions de Boehringer Canada ou celles de sa société mère. Toutefois, dans la lettre du 31 mars 1998, la mention [TRADUCTION] « propriété des

with the “granting” of “full right of access” to documents, could suggest that Roche had also acquired some rights in relation to Bondronat, perhaps including some proprietary interest. Alternatively, it may be that Roche did not acquire a direct proprietary interest in any of Boehringer Canada’s property but wished only to be recognized by the Minister as being in a position to control the regulatory aspects of Bondronat and its marketing in Canada.

[26] In the material submitted by Roche in support of its application in the Federal Court, Roche provided no further particulars of the transaction referred to in the March 31, 1998 letter, perhaps because neither Roche nor the Minister considered those particulars to be relevant. In any event, I infer that the Minister was intended to understand, and did understand, that Boehringer Canada was asking the Minister to permit Roche, in effect, to stand in the shoes of Boehringer Canada in all matters relating to the application of the *Food and Drug Regulations* to Bondronat. I also infer that the Minister acceded to that request. That is, for the purposes of the *Food and Drug Regulations*, the Minister accepted Roche as the *de facto* corporate successor of Boehringer Canada with respect to Bondronat and all Bondronat files maintained by the Minister.

[27] By letter dated April 20, 1998 (and for reasons that are not clear), Roche informed the Minister that the “consolidation” of Roche and Boehringer Canada was in progress, that the resulting consolidated corporation would have the same name as Roche, and that applications for changes in the manufacturer’s name would be made in the near future. I assume that the word “consolidation” was intended to refer to a statutory amalgamation.

[28] On April 30, 1998, Roche filed a submission in relation to Bondronat (submission number 056442). The submission was entitled “Administrative NDS—Change in Manufacturer’s Name”, and read in part as follows:

In 1998, [Roche] purchased [the Boehringer parent corporation]. As of March 31, 1998, all business activities of

médicaments », associée à la cession de [TRADUCTION] « tous les droits d’accès » aux documents, pourrait laisser croire que Roche a aussi acquis certains droits à l’égard du Bondronat, y compris peut-être certains droits de propriété. Subsidiairement, il est possible que Roche n’ait acquis de droits de propriété directs sur aucun bien de Boehringer Canada, mais qu’elle souhaite seulement que le ministre reconnaisse qu’elle contrôle les aspects réglementaires du Bondronat, ainsi que sa commercialisation au Canada.

[26] Dans les documents soumis pour appuyer sa demande devant la Cour fédérale, Roche n’a pas fourni de précisions particulières concernant la transaction dont il est fait mention dans la lettre du 31 mars 1998, peut-être parce que ni Roche ni le ministre ne les trouvaient pertinentes. De toute façon, j’en déduis que le ministre devait comprendre et a compris que Boehringer Canada lui demandait de permettre à Roche, en fait, de se substituer à Boehringer Canada dans toutes les affaires relatives à l’application du *Règlement sur les aliments et drogues* au Bondronat. J’en déduis aussi que le ministre a donné suite à cette demande. C’est ainsi que, pour l’application du *Règlement sur les aliments et drogues*, le ministre a accepté que Roche succède dans les faits à Boehringer Canada à l’égard du Bondronat et des dossiers relatifs au Bondronat qu’il tient.

[27] Par lettre datée du 20 avril 1998 (pour des raisons qui ne sont pas claires), Roche a informé le ministre que la « fusion » de Roche et de Boehringer Canada était en cours, que la société issue de la fusion porterait le même nom que Roche et que les demandes en vue du changement de nom du fabricant se feraient dans un proche avenir. Je présume que le mot « fusion » visait une fusion légale.

[28] Le 30 avril 1998, Roche a déposé une demande relative au Bondronat (numéro de présentation 056442). La demande était intitulée [TRADUCTION] « Présentation administrative de drogue nouvelle—Changement de nom du fabricant », dont voici un extrait :

[TRADUCTION]

En 1998, [Roche] a fait l’acquisition de [la société mère Boehringer]. En date du 31 mars 1998, toute les activités

the Canadian affiliates [including Boehringer Canada] and [Roche] were consolidated under the corporation [Roche].  
...

Therefore, the following [Boehringer Canada] products will in future be sold under the [Roche] name/label. [Roche] would like to retain the identical DIN [drug identification] numbers already assigned to each of the products listed below. [The list includes Bondronat].

In support of this administrative NDS and as per the April 24, 1998 policy entitled "Changes in Manufacturer's Name and/or Product Name", we are submitting the following information (for each of the products listed above).

[29] Again, this letter is vague as to the particulars of the transaction to which it refers. In any event, the Minister responded to the April 30, 1998 submission by issuing to Roche a notice of compliance dated June 8, 1998 permitting Roche to market Bondronat in its own name.

[30] On July 3, 1998, articles reflecting the amalgamation of Roche and Boehringer Canada were registered under the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44 [s. 1 (as am. by S.C. 1994, c. 24, s. 1(F))]. On that date, the consolidated corporation would, as a matter of law, be entitled to stand in the shoes of Boehringer Canada with respect to Bondronat and its related documentation filed with the Minister under the *Food and Drug Regulations* (section 186 of the *Canada Business Corporations Act*). That gave legal effect to the *de facto* corporate succession that, on March 31, 1998, the Minister had been asked to recognize, and had recognized, for the purposes of the *Food and Drug Regulations*.

[31] On October 21, 2003, the '964 patent was issued. That marked the beginning of the 30-day period referred to in subsection 4(4) of the NOC Regulations (quoted above) during which Roche was entitled to submit an application to list the '964 patent on the patent register. It is undisputed for the purposes of this appeal that Bondronat is a product against which the '964 patent could have been listed, if a valid application had been submitted on time.

commerciales des sociétés canadiennes affiliées [y compris Boehringer Canada] et [Roche] ont été réunies sous le nom de la société [Roche] [...].

Ainsi, à l'avenir, les produits [Boehringer Canada] suivants se vendront sous la marque et l'étiquette de [Roche]. [Roche] aimerait conserver les mêmes numéros DIN [identification de drogue] qui avaient été assignés aux produits énumérés ci-dessous. [Le Bondronat est inclus dans la liste.]

En vue de justifier la présentation administrative de drogue nouvelle et conformément à la politique du 24 avril 1998 intitulée « Changements dans le nom d'un fabricant et/ou d'un produit », nous soumettons les informations suivantes (pour chacun des produits susmentionnés).

[29] Cette lettre ne donne pas non plus de précisions en ce qui concerne la transaction à laquelle elle fait référence. Quoiqu'il en soit, le ministre a donné suite à la demande du 30 avril 1998 en délivrant un avis de conformité à Roche, daté du 8 juin 1998, lui permettant ainsi de commercialiser le Bondronat sous son nom.

[30] Le 3 juillet 1998, les statuts relatifs à la fusion de Roche et de Boehringer Canada ont été enregistrés conformément à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 [art. 1 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1(F))]. À cette date, la société issue de la fusion pourrait, en droit, se substituer à Boehringer Canada pour ce qui est du Bondronat et de la documentation s'y rapportant déposée auprès du ministre aux termes du *Règlement sur les aliments et drogues* (article 186 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*). Cela a donné un effet juridique à la succession commerciale *de facto* qu'on a demandé au ministre de reconnaître, le 31 mars 1998, et que ce dernier a reconnue aux fins du *Règlement sur les aliments et drogues*.

[31] Le brevet '964 a été délivré le 21 octobre 2003. Cette date marque le début du délai de 30 jours, mentionné au paragraphe 4(4) du Règlement (précité) et pendant lequel Roche pouvait soumettre une demande d'inscription du brevet '964 au registre des brevets. Aux fins du présent appel, nul ne conteste que le Bondronat est un produit à l'égard duquel le brevet '964 aurait pu être inscrit si une demande valide avait été soumise dans les délais prescrits.

[32] On November 18, 2003, within the 30-day period, Roche submitted an application to list the '964 patent in respect of Bondronat. The application form includes a space in which the applicant must identify the submission to which the application relates. That requirement conforms to subsection 4(5) of the NOC Regulations. Roche completed that space on the form by referring to submission number 056442, the submission it had filed on April 30, 1998.

[33] The Minister, by letter dated December 2, 2003, advised Roche that its application to list the '964 patent was rejected on the basis that submission number 056442, being merely an administrative submission for a change of name, was not the kind of submission that could properly be used as a reference for a patent listing application under subsection 4(4) of the NOC Regulations.

[34] On December 22, 2003, Roche filed a new application at the suggestion of a Health Canada official, this time naming both submission number 056442 and submission number 044900 (relating to the original new drug submission filed by Boehringer Canada). The Minister rejected that application for listing on the basis that it was out of time.

[35] Roche applied for judicial review of the Minister's decision not to list the '964 patent in respect of Bondronat, but was not successful. Roche now appeals to this Court.

### Discussion

#### (1) The November 18, 2003 patent listing application

[36] Roche argues that the Minister erred in law in concluding that the patent listing application Roche submitted on November 18, 2003 was not properly supported by the submission it had filed on April 30, 1998 (submission number 056442).

[37] There is a debate between the parties as to the proper characterization of the April 30, 1998

[32] Le 18 novembre 2003, dans le délai de 30 jours, Roche a présenté une demande d'inscription du brevet '964 à l'égard du Bondronat. Le formulaire de demande comprend un espace dans lequel le demandeur doit indiquer la présentation à laquelle se rapporte sa demande. Cette exigence est imposée par le paragraphe 4(5) du Règlement. Roche a rempli cette partie du formulaire en y inscrivant le numéro de la présentation de drogue nouvelle 056442, présentation qu'elle avait déposée en date du 30 avril 1998.

[33] Par lettre datée du 2 décembre 2003, le ministre a informé Roche que sa demande d'inscription du brevet '964 au registre a été rejetée parce que la présentation portant numéro 056442, s'agissant d'une simple présentation administrative signalant un changement de nom, n'était pas une présentation pouvant être convenablement utilisée comme référence dans une demande d'inscription de brevets aux termes du paragraphe 4(4) du Règlement.

[34] À la suggestion d'un fonctionnaire de Santé Canada, le 22 décembre 2003, Roche a déposé une nouvelle demande, en nommant cette fois-ci les présentations numéro 056442 et numéro 044900 (relativement à la présentation initiale de drogue nouvelle déposée par Boehringer Canada). Le ministre a rejeté cette demande au motif qu'elle était hors délai.

[35] Roche a demandé le contrôle judiciaire de la décision du ministre de ne pas inscrire le brevet '964 à l'égard du Bondronat, mais a été déboutée. Roche se pourvoit maintenant devant notre Cour.

### Analyse

#### 1) La demande d'inscription du brevet du 18 novembre 2003

[36] Roche soutient que le ministre a commis une erreur de droit quand il a conclu que la demande d'inscription du brevet que Roche a présentée le 18 novembre 2003 n'était pas appuyée en bonne et due forme par la présentation qu'elle a déposée le 30 avril 1998 (numéro de présentation 056442).

[37] Le différend entre les parties porte sur la caractérisation de la présentation du 30 avril 1998.

submission. Counsel for Roche characterizes it as a new drug submission and not a supplement to a new drug submission, because it was filed to obtain a notice of compliance that would permit Roche for the first time to market Bondronat. Counsel for the Minister argues that the April 30, 1998 submission is what it purports to be, an “administrative” submission or, in other words, a supplement to the new drug submission originally filed by Boehringer Canada, reflecting a change in the name of the corporation that would market Bondronat. The Minister treated the April 30, 1998 submission as a supplement within the scope of section C.08.003 of the *Food and Drug Regulations* but not a supplement that engaged the Minister’s obligation to assess the safety or effectiveness of the drug.

[38] I can find no fault with the Minister’s characterization of the April 30, 1998 submission. On that date there was an existing notice of compliance for Bondronat that had been issued to Boehringer Canada. The April 30, 1998 submission reflected a proposed change in the name of the entity that would be marketing Bondronat, which would require that the labels be changed to identify Roche rather than Boehringer Canada as the source of the drug (see paragraph C.08.003(2)(g) of the *Food and Drug Regulations*).

[39] Counsel for Roche argues that the April 30, 1998 submission cannot be considered a supplement to the original new drug submission of Boehringer Canada because Roche and Boehringer Canada were separate corporations on April 30, 1998. While it is true that they were separate corporations at that time, it is also true that, as far as the Minister was concerned, Roche was the successor to Boehringer Canada and was to be treated as standing in the shoes of Boehringer Canada, just as Boehringer Canada had requested. Roche does not suggest that the Minister was wrong in law in acceding to the request of Boehringer Canada. Nor is it necessary in this case to express any opinion on whether the Minister was obliged to accede to that request.

D’après l’avocat de Roche, il s’agit d’une présentation de drogue nouvelle et non d’un supplément à la présentation de drogue nouvelle, vu que la présentation avait été déposée dans le but d’obtenir un avis de conformité autorisant Roche à commercialiser le Bondronat pour la première fois. L’avocat du ministre soutient que la présentation du 30 avril 1998 est bien ce qu’elle prétend être, à savoir une présentation « administrative » ou, en d’autres termes, un supplément à la présentation de drogue nouvelle initialement déposée par Boehringer Canada pour indiquer un changement dans le nom de la société qui commercialiserait le Bondronat. Le ministre a considéré la présentation du 30 avril 1998 comme un supplément au sens de l’article C.08.003 du *Règlement sur les aliments et drogues*, mais pas comme un supplément déclenchant son obligation d’évaluer l’innocuité ou l’efficacité de la drogue.

[38] La caractérisation de la présentation du 30 avril 1998 faite par le ministre est, selon moi, irréfutable. À cette date existait déjà un avis de conformité à l’égard du Bondronat qui avait été délivré à Boehringer Canada. La présentation du 30 avril 1998 signalait le changement de nom projeté de l’entité qui allait commercialiser le Bondronat, ce qui nécessitait un changement dans l’étiquetage pour identifier Roche comme étant la source de la drogue plutôt que Boehringer Canada (voir l’alinéa C.08.003(2)(g) du *Règlement sur les aliments et drogues*).

[39] L’avocat de Roche fait valoir que la présentation du 30 avril 1998 ne peut être considérée comme étant un supplément à la présentation initiale de drogue nouvelle déposée par Boehringer Canada parce que Roche et Boehringer Canada étaient, en date du 30 avril 1998, deux sociétés distinctes. Même s’il est vrai que les deux sociétés n’avaient pas encore fusionné à cette époque, il est aussi vrai, du moins pour ce qui est du ministre, que Roche succédait à Boehringer Canada et devait être traitée comme s’y substituant, comme l’avait demandé Boehringer Canada. Roche ne prétend pas que le ministre a commis une erreur de droit en accédant à la demande de Boehringer Canada. De même, il n’est pas non plus nécessaire en l’espèce de se prononcer sur la question de savoir si le ministre était tenu d’accéder à cette demande.

[40] The jurisprudence of this Court has established that a supplement to a new drug submission, if made only to reflect a change in the name of the drug or the manufacturer, is not a submission that can support the filing of a new or amended patent list. The Minister correctly treated the supplement filed by Roche on April 30, 1998 as falling into the same category.

[41] The facts of this case are similar to the facts in *AstraZeneca* (cited above). Counsel for Roche has made a number of submissions in an attempt to distinguish *AstraZeneca*, or to establish that the principle in *AstraZeneca* should not be applied in this case, or to establish that the principle is incorrect. I need not discuss those submissions in detail. It is enough to say that I am unable to discern a relevant distinction between this case and *AstraZeneca*, and I am not persuaded that there is any error in the principle applied in *AstraZeneca* or, for that matter, in *Hoffmann-La Roche*, *Ferring*, *Toba*, or *Bristol-Myers Squibb* (cited above). I see no reason why the result in this case should not be the same as the result in those cases.

[42] Roche argues that if the principle in the *AstraZeneca* line of cases is applied in this case, the result will be to deny Roche its right to list the '964 patent on the first opportunity it had to do so after the '964 patent was issued in 2003. In my view, there is no merit to that argument. It seems to me, and indeed the Minister concedes, that if the patent listing application filed by Roche on November 18, 2003 had identified the original new drug submission filed by Boehringer Canada in 1996 (submission number 044900), the '964 patent would have been accepted for listing in respect of Bondronat. That must be correct, because in November of 2003, as a result of the amalgamation in July of 1998, Roche was a continuation of Boehringer Canada, and as a matter of law stood in the shoes of Boehringer Canada *vis-à-vis* the Minister.

[43] Roche also submits that the principle based on the *AstraZeneca* line of cases should not apply to Roche

[40] La jurisprudence de notre Cour a établi qu'un supplément à la présentation de drogue nouvelle déposé uniquement pour indiquer un changement dans le nom de la drogue ou du fabricant ne peut justifier le dépôt d'une nouvelle liste de brevets ou d'une liste de brevets modifiée. Le ministre a eu raison de dire que le supplément que Roche a déposé le 30 avril 1998 tombe dans la même catégorie.

[41] Les faits de l'espèce sont semblables à ceux de l'affaire *AstraZeneca* (précitée). L'avocat de Roche a avancé plusieurs arguments en tentant de distinguer l'affaire *AstraZeneca* de la présente affaire ou d'établir que le principe consacré dans l'affaire *AstraZeneca* ne devrait pas s'appliquer en l'espèce, ou encore d'établir que ce principe est incorrect. Je n'ai pas besoin de m'attarder sur les détails de ces arguments. Il suffit de dire que je ne puis établir une distinction pertinente entre la présente affaire et l'affaire *AstraZeneca*, et je ne suis pas convaincue qu'il y a une quelconque erreur dans le principe appliqué dans *AstraZeneca*, ni même dans les affaires *Hoffmann-La Roche*, *Ferring*, *Toba* ou *Bristol-Myers Squibb* (précitées). Je ne vois aucune raison pour laquelle la décision rendue en l'espèce ne devrait pas être la même que celle rendue de ces affaires.

[42] Roche soutient que si le principe consacré par le courant jurisprudentiel établi par l'affaire *AstraZeneca* s'applique dans la présente affaire, Roche se verrait retirer son droit d'inscrire le brevet '964 à la première occasion après la délivrance du brevet '964 en 2003. Cet argument, à mon avis, ne repose sur aucun fondement. Il me semble, et le ministre l'a effectivement concédé, que si la demande d'inscription de brevet déposée le 18 novembre 2003 par Roche avait renvoyé à la présentation initiale de drogue nouvelle que Boehringer Canada avait déposée en 1996 (numéro de présentation 044900), on aurait autorisé l'inscription du brevet '964 à l'égard du Bondronat. Cette interprétation serait fondée parce qu'en novembre 2003, à la suite de la fusion de juillet 1998, Roche succédait à Boehringer Canada et, sur le plan juridique, Roche se substituait à Boehringer Canada *vis-à-vis* du ministre.

[43] Roche a également affirmé que le principe fondé sur le courant jurisprudentiel établi par l'affaire

in this case because the Minister's refusal to list the patent rests solely on the fact that Roche chose its April 30, 1998 change-of-name submission, rather than Boehringer Canada's initial new drug submission in 1993, as the reference for its patent listing application.

[44] Unfortunately for Roche, the regulatory scheme (particularly subsection 4(5) of the NOC Regulations) requires an applicant for a patent listing to choose a correct reference, if not at the time the application is made, at least within the 30-day period specified in subsection 4(4) of the NOC Regulations. The Minister should be entitled to assess a patent listing application based on its contents. I see no justification for interpreting the NOC Regulations in a manner that imposes a duty on the Minister to suggest or make corrections, particularly once the 30-day time limit has expired.

(2) The December 22, 2003 patent listing application

[45] Roche's second patent listing application was filed outside the 30-day time limit in subsection 4(4) of the NOC Regulations, and for that reason, was correctly rejected by the Minister.

Conclusion

[46] I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

[47] NOËL J.A.: I agree with Sharlow J.A. that Roche became entitled to sell the product in issue as a result of an amalgamation and that, as a result, this case must suffer the same fate as *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 39 C.P.R. (4th) 366 (F.C.A.).

[48] Pelletier J.A. has expressed the view that the principle underlying the Minister's practice with respect to so called "administrative" submissions would also

*AstraZeneca* ne devrait pas s'appliquer en l'espèce parce que le refus du ministre d'inscrire le brevet au registre repose uniquement sur le fait que Roche a choisi de renvoyer à sa présentation relative au changement de nom du 30 avril 1998 dans sa demande d'inscription de brevet, plutôt qu'à la présentation initiale de drogue nouvelle déposée par Boehringer Canada en 1993.

[44] Malheureusement pour Roche, le régime légal (particulièrement le paragraphe 4(5) du Règlement) exige de la personne qui soumet une liste de brevets d'indiquer la bonne référence au moment où la demande est faite, sinon au moins dans les 30 jours prescrits par le paragraphe 4(4) du Règlement. Le ministre devrait pouvoir examiner une demande d'inscription de brevet sur la base de son contenu. Je ne vois aucune raison d'interpréter le Règlement de manière à imposer au ministre l'obligation de faire des recommandations ou d'apporter des corrections, particulièrement après l'expiration du délai de 30 jours.

(2) La demande d'inscription du brevet du 22 décembre 2003

[45] La deuxième demande d'inscription de Roche ayant été déposée après le délai de 30 jours prévu par le paragraphe 4(4) du Règlement, le ministre l'a rejetée à juste titre.

Conclusion

[46] Je rejeterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

[47] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je souscris aux motifs de la juge Sharlow selon lesquels Roche a obtenu le droit de vendre le produit en cause à la suite d'une fusion. Par conséquent, la présente affaire doit subir le même sort que dans l'affaire *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 175.

[48] Le juge Pelletier a opiné que le principe sous-tendant la pratique du ministre relative aux soi-disant présentations « administratives » s'appliquerait

apply to a person acquiring ownership of a drug by way of a direct acquisition. In my view, whether this would be the effect of the Minister's practice and if so, whether this practice could operate to exclude an acquirer from the benefits of the NOC Regulations, is better left to be decided if and when the issue arises.

\* \* \*

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

[49] PELLETIER J.A. (dissenting): I regret that I am unable to agree with the disposition of this matter proposed by my colleague Sharlow J.A.

[50] The present controversy arose when Roche, in filing a patent list with respect to Canadian Patent No. 2141964 (the '964 patent) in relation to the drug Bondronat on November 18, 2003, referenced its April 30, 1998 submission with respect to Bondronat (a reference to a submission being a requirement of subsection 4(5) of the Regulations). The Minister rejected Roche's patent list on the ground that the April 30, 1998 submission, having been submitted to indicate a change of name of manufacturer, did not support the filing of a patent list. When Roche subsequently re-filed its patent list, this time referencing Boehringer-Mannheim's original submission for an NOC, the Minister rejected the patent list on the ground that it was filed outside the 30-day time limit provided in subsection 4(4) of the Regulations. Roche's application for judicial review was filed shortly thereafter.

[51] My colleague has reviewed the circumstances surrounding the issuance of the NOC to Roche in respect of Bondronat. My view of these transactions is that the Minister was told that Roche had become the owner of Boehringer-Mannheim's drug Bondronat. Roche then asked the Minister to issue it an NOC for the drug and he did so. Roche stands upon the fact that these transactions occurred prior to the amalgamation of the two companies. In my view, this is a case of the issuance of an NOC on the basis of a change of ownership of the

aussi à une personne qui acquiert la propriété d'une drogue par voie d'acquisition directe. J'estime pour ma part qu'il vaut mieux reporter au jour où se posera la question de savoir si ce serait là la conséquence de la pratique du ministre et, le cas échéant, si cette pratique pourrait avoir pour effet d'empêcher un acquéreur de se prévaloir des bénéfices du Règlement.

\* \* \*

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

[49] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident) : Je regrette de ne pouvoir souscrire à la décision rendue en l'espèce par ma collègue la juge Sharlow.

[50] La controverse en l'espèce a été déclenchée lorsque Roche, déposant le 18 novembre 2003 une liste de brevets relative au brevet canadien n° 2141964 (le brevet '964) à l'égard de la drogue Bondronat, a renvoyé à sa présentation du 30 avril 1998 à l'égard du Bondronat (un renvoi à une demande d'avis de conformité étant une exigence du paragraphe 4(5) du Règlement). Le ministre a rejeté la liste de brevets de Roche au motif que la présentation du 30 avril 1998, soumise pour indiquer un changement dans le nom du fabricant, ne justifiait pas le dépôt d'une liste de brevets. Quand Roche a par la suite déposé de nouveau sa liste de brevets, en renvoyant cette fois-ci à la demande initiale d'avis de conformité présentée par Boehringer-Mannheim, le ministre a rejeté la liste de brevets en faisant valoir qu'elle avait été déposée après l'expiration du délai de 30 jours prescrit par le paragraphe 4(4) du Règlement. Roche a déposé une demande de contrôle judiciaire peu de temps après.

[51] Ma collègue a examiné les circonstances entourant la délivrance à Roche de l'avis de conformité à l'égard du Bondronat. S'agissant de ces transactions, j'estime que le ministre a été informé que Roche était devenue propriétaire de la drogue Bondronat de Boehringer-Mannheim. Roche a alors demandé au ministre de lui délivrer un avis de conformité à l'égard de la drogue, ce qui a été fait. Roche se fonde sur l'antériorité de ces transactions à la fusion des deux sociétés. J'estime qu'il s'agit en l'espèce de la

drug referred to in the NOC. The fact that the Minister treated this as a matter of limited significance, based upon his administrative policy, is simply irrelevant.

[52] The principle underlying the Minister's rejection of Roche's November 18, 2003 patent list submission is that a change in the name of a drug manufacturer "cannot possibly be relevant to any potential claim for infringement of a patent for a medicine found in the drug": *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 141 (F.C.A.), at paragraph 25.

[53] In my view, this proposition is too broadly stated. The presence of a patent on the patent register is the trigger for the anti-infringement aspects of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended (the Regulations). A person acquiring ownership of a drug for which an NOC has been issued in someone else's name must make a submission for an NOC with respect to that drug in its own name in order to market that drug (see paragraph C.08.002(1)(b) of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870). If that submission (and the resulting NOC) will not support the filing of a patent list (because it is merely a submission for a name change), then that acquirer cannot claim the benefit of the Regulations with respect to its newly acquired drug. As a result, a generic manufacturer can enter the market by obtaining an NOC for its competing product without having to address the claims of the acquirer's patent, thereby denying the acquirer (and patent holder) the benefit of the Regulations. I am therefore of the view that a submission for the issuance of an NOC on the basis of a change in the ownership of that drug must be considered a submission for the purpose of filing a patent list.

[54] I do not dispute that Roche could have avoided this problem by referencing Boehringer's submission rather than its own when submitting its patent list,

délivrance d'un avis de conformité par suite du changement de propriété à l'égard de la drogue mentionnée dans l'avis de conformité. Que le ministre n'y accorde que peu d'importance, du fait de sa politique administrative, n'a tout simplement aucune importance.

[52] Le principe sous-tendant le rejet par le ministre de la demande de liste de brevets déposée par Roche le 18 novembre 2003 est qu'un changement du nom du fabricant d'une drogue « ne peut avoir d'influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet concernant un médicament contenu dans la drogue » : *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 141 (C.A.F.), au paragraphe 25.

[53] Cette proposition est, à mon sens, énoncée de façon trop générale. La présence d'un brevet inscrit au registre entraîne l'application des dispositions empêchant la contrefaçon prévues par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, et ses modifications (le Règlement). Une personne qui acquiert la propriété d'une drogue à l'égard de laquelle un avis de conformité a été délivré sous le nom d'une autre doit déposer, sous son nom, une demande d'avis de conformité relativement à ladite drogue afin de la commercialiser (voir l'alinéa C.08.002(1)b) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870). Si cette demande (et l'avis de conformité qui en résulte) ne peut étayer le dépôt d'une liste de brevets (du fait qu'elle ne constitue qu'une présentation relative à un changement de nom), cet acquéreur ne peut donc se prévaloir des bénéfices du Règlement en ce qui concerne sa drogue nouvellement acquise. En conséquence, un fabricant de médicaments génériques peut entrer sur le marché en obtenant un avis de conformité à l'égard de son produit concurrent sans devoir se pencher sur les revendications du brevet de l'acquéreur et, de ce fait, refuser à l'acquéreur (et titulaire du brevet) les bénéfices du Règlement. Je suis donc d'avis qu'une demande d'avis de conformité relative à une drogue fondée sur un changement de propriétaire devrait être considérée comme une demande aux fins du dépôt d'une liste de brevets.

[54] Certes Roche aurait pu éviter ce problème en renvoyant à la demande de Boehringer plutôt qu'à la sienne quand elle a soumis sa liste de brevets, surtout

particularly since the amalgamation was effective at the time it sought to add the '964 patent to the patent register. However, the principle underlying the Minister's position applies where there is no amalgamation, and therefore no alternate means of avoiding its consequences. The effect of the Minister's position is that an acquirer of a drug cannot become a "first person" with respect to that drug except by filing a supplemental new drug submission designed to look substantial without necessarily being so. With the greatest of respect for my colleagues, I do not believe that it is appropriate to work around this problem by means of an informal substitution of one party for another.

[55] Treating a submission to reflect a change of ownership as sufficient to support the filing of a patent list is consistent with the purpose of the Regulations, and is not inconsistent with the jurisprudence of this Court which has not previously addressed the distinction between a change of name and a change of ownership. It is no answer to say that Roche can file its patent list the next time it makes a submission which is relevant to the issue of infringement. This is simply inviting Roche to concoct a transaction for the purpose of working around the Regulations. The line of authority on which the Minister relies came into being precisely to prevent manufacturers from manipulating the system on the basis of transactions whose sole object was to work around the system.

[56] I would therefore allow the appeal, allow the application for judicial review and direct the Minister to reconsider Roche's November 18, 2003 patent list application on the basis that Roche's submission dated April 30, 1998, was a submission for the purpose of filing a patent list.

que la fusion avait déjà eu lieu au moment où Roche a cherché à ajouter le brevet '964 au registre des brevets. Toutefois, le principe sous-tendant la position du ministre s'applique en l'absence de fusion et il n'existe donc aucun autre moyen d'éviter ses conséquences. Il résulte de la position du ministre que l'acquéreur d'une drogue ne peut devenir une « première personne » relativement à cette drogue qu'en déposant un supplément à la présentation de drogue nouvelle qui paraisse important sans nécessairement l'être. En toute déférence pour mes collègues, je ne pense pas qu'il est approprié de contourner ce problème en recourant à la notion de substitution informelle d'une partie à une autre.

[55] Considérer qu'une présentation signalant un changement de propriétaire suffit pour justifier le dépôt d'une liste de brevets est conforme à la finalité du Règlement, sans s'écarter de la jurisprudence de notre Cour, qui ne s'est jamais encore penchée sur la distinction entre un changement de nom et un changement de propriétaire. Il ne suffit pas d'affirmer que Roche peut déposer sa liste de brevets la prochaine fois qu'elle soumettra une présentation pertinente quant à la question de la contrefaçon. Ce serait simplement inviter Roche à concocter une transaction aux fins de contourner le Règlement. Le courant jurisprudentiel sur lequel se fonde le ministre a été créé dans le but précis d'empêcher les fabricants de manipuler le système en invoquant des transactions dont l'unique objectif était de contourner le système.

[56] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire et j'enjoindrais au ministre de réexaminer la demande de liste de brevets déposée par Roche le 18 novembre 2003 en considérant que la présentation du 30 avril 1998 visait le dépôt d'une liste de brevets.

T-555-05  
2006 FC 1235

T-555-05  
2006 CF 1235

**The Information Commissioner of Canada**  
(Applicant)

**Le commissaire à l'information du Canada**  
(demandeur)

v.

c.

**The Minister of Environment Canada** (*Respondent*)

**Le ministre de l'Environnement du Canada**  
(défendeur)

*INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (C.F.)*

Federal Court, Kelen J.—Ottawa, October 3, 17, 2006.

Cour fédérale, juge Kelen—Ottawa, 3 et 17 octobre 2006.

*Access to Information — Judicial review of Minister of Environment Canada's refusal to disclose "analysis" section of memorandum to Cabinet regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) on ground exempt from disclosure under Access to Information Act (Act), ss. 21(1)(a), (b) — Analysis section presenting objective analysis of background of issue, factors considered in arriving at possible options — Pursuant to Act, s. 48, Minister having burden of proving applicability of exemption to particular set of records — Interplay between ss. 21, 69 considered — S. 21(1)(a) exempting from disclosure "advice or recommendations" to minister of Crown — "Advice" excluding largely factual information — S. 21(1)(b) excluding from disclosure account of consultations, deliberations involving minister of Crown — Factual information generally excluded from scope of s. 21(1)(b) — Refusal to disclose disputed passages on basis of Act, ss. 21(1)(a), (b) unreasonable — Primarily based on fact MMT issue active policy file for government — Minister must consider public interest for, against disclosure; weigh competing interests with purposes of Act — Deputy Minister not considering whether disclosure possible without impairing effectiveness of government — Insufficient reasons regarding Minister's "weighing" process on standard of reasonableness — Evidence not supporting Minister's conclusion releasing disputed passages would compromise future government action on MMT issue.*

*Accès à l'information — Contrôle judiciaire du refus du ministre de l'Environnement du Canada de communiquer la section « analyse » d'un mémoire au Cabinet relatif au méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle (MMT) au motif qu'elle est soustraite à la communication en application des art. 21(1)a) et b) de la Loi sur l'accès à l'information — La section « analyse » présentait une analyse objective du contexte de la question et des facteurs pris en compte pour arriver aux solutions possibles — En vertu de l'art. 48 de la Loi, c'est au ministre qu'il appartient de prouver l'applicabilité d'une exception à un ensemble donné de documents — Examen de l'interaction entre les art. 21 et 69 — L'art. 21(1)a) exclut de la communication les « avis ou recommandations » élaborés pour un ministre — Les « avis » excluent les renseignements surtout factuels — L'art. 21(1)b) exclut de la communication les comptes rendus de consultations ou délibérations où est concerné un ministre — Les renseignements factuels seront en général exclus du champ de l'art. 21(1)b) — Le refus, fondé sur les art. 21(1)a) et b) de la Loi, de communiquer les passages contestés était déraisonnable — Ce refus s'expliquait principalement par le fait que la question du MMT demeurerait pour le gouvernement un dossier actif — Le ministre doit considérer s'il est ou non dans l'intérêt public qu'un document soit communiqué et mettre en balance les intérêts rivaux en gardant à l'esprit les objets de la Loi — Le sous-ministre ne s'est pas demandé si la communication était possible sans que cela nuise à l'efficacité du gouvernement — La mise en balance du ministre selon la norme de la décision raisonnable ne reposait pas sur des motifs suffisants — Aucune preuve n'appuyait la conclusion du ministre selon laquelle la communication des passages contestés mettrait en péril l'action future du gouvernement en ce qui a trait au MMT.*

*Construction of Statutes — Access to Information Act, ss. 69, 21(1)(a), (b) — Judicial review of Minister of Environment*

*Interprétation des lois — Art. 69 et 21(1)a) et b) de la Loi sur l'accès à l'information — Contrôle judiciaire du refus du*

*Canada's refusal to disclose analysis portion of memorandum to Cabinet regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl on ground requested records exempt from disclosure under Access to Information Act (Act), ss. 21(1)(a), (b) — While Act, s. 69(1) providing Act not applying to Cabinet confidences as general rule, s. 69(3)(b) stating "discussion papers" excluded from application of s. 69(1) if decision related thereto made public or more than four years old — Plain reading of s. 69(1), (3) indicating if record within scope of s. 69(3), then, as exception to rule in s. 69(1), Act applying in respect thereof — Because specific exemption under s. 21(1) distinct from terminology in s. 69(3)(b), whatever Parliament's intention regarding discussion papers, intention as expressed in s. 21(1) is that Minister has discretion to refuse to disclose records containing information described therein — Act, s. 21(1)(a) providing discretionary exemption from disclosure for "advice or recommendations developed by or for government institution or minister of the Crown" — "Advice" including expression of opinion on policy-related matters but excluding information of largely factual nature — Combined effect of ss. 21(1)(a), (b) to exempt from disclosure under Act very wide range of documents generated in internal policy processes of government institution — Terms "account", "consultations" "deliberations" in s. 21(1)(b) not defined in Act but Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines offering guidance — Only information describing advice provided, consultations undertaken or exchange of views leading to particular decision as exemptible under Act, s. 21(1)(b) — Factual information generally excluded from scope of s. 21(1)(b).*

This was an application for judicial review of the Minister of Environment Canada's refusal to disclose portions of a 1995 memorandum to Cabinet (MC) regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT), a fuel additive, on the ground that the requested records were exempt from disclosure under *Access to Information Act* (Act), paragraphs 21(1)(a) and (b). These paragraphs grant the Minister discretion to withhold certain records containing advice provided to the government. The MC consisted of a three-page advocacy document, containing recommendations and arguments in support thereof, and an "analysis section" or discussion paper, which contained an objective analysis of the

*ministre de l'Environnement du Canada de communiquer la section « analyse » d'un mémoire au Cabinet relatif au méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle au motif que les documents demandés sont soustraits à la communication en application des art. 21(1)a) et b) de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) — Bien que l'art. 69(1) de la Loi prévoit que, de manière générale, la Loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Cabinet, l'art. 69(3)b) exclut les « documents de travail », dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou ont été rendues quatre ans auparavant, de l'application de l'art. 69(1) — Il appert d'une simple lecture des art. 69(1) et (3) que, si un document entre dans le champ de l'art. 69(3), alors, comme exception à la règle de l'art. 69(1), la Loi s'applique audit document — Parce que l'exception particulière de l'art. 21(1) se distingue des mots employés dans l'art. 69(3)b), il s'ensuit que, quelle qu'ait pu être l'intention du législateur à propos des documents de travail, l'intention exprimée dans l'art. 21(1) est que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents contenant des renseignements décrits dans cette disposition — L'art. 21(1)a) de la Loi prévoit une exception discrétionnaire pour les « avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre » — Les « avis » comprennent l'expression d'une opinion sur des questions de politique, mais excluent les renseignements de nature très factuelle — L'effet combiné des art. 21(1)a) et b) est d'exclure de la communication prévue par la Loi un très grand nombre de documents établis dans les processus internes d'élaboration des politiques d'une institution fédérale — Les mots « compte rendu », « consultations » et « délibérations » utilisés à l'art. 21(1)b) ne sont pas définis dans la Loi, mais le Guide du Conseil du Trésor sur les politiques et lignes directrices en matière d'accès à l'information sert de guide — Seuls les renseignements décrivant l'avis donné, les consultations entreprises ou l'échange d'idées conduisant à une décision particulière constituent un compte rendu pouvant faire l'objet d'une exception en vertu de l'art. 21(1)b) de la Loi — Les renseignements factuels devront en général être exclus du champ de l'art. 21(1)b).*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus du ministre de l'Environnement du Canada de communiquer certains passages d'un mémoire au Cabinet daté de 1995 relatif au méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle (MMT), un additif pour carburant, au motif que les documents demandés étaient soustraits à la communication en application des alinéas 21(1)a) et b) de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi). Ces alinéas confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de certains documents renfermant des avis donnés au gouvernement. Le mémoire au Cabinet comprenait une argumentation de trois pages, des recommandations et des arguments à l'appui de

background to the issue.

On the first judicial review of the Minister's refusal to disclose requested records because they were Cabinet confidences, the Federal Court held that section 69 of the Act, which provides that the Act does not apply to Cabinet confidences, did not include the "analysis section" of the MC. The Federal Court of Appeal upheld that decision except that it allowed the Minister the opportunity to invoke any exemption that might apply to the analysis section of the MC, pursuant to sections 13 to 26 of the Act. The Minister decided to invoke certain exemptions including paragraphs 21(1)(a) in respect of portions of the MC's analysis section (advice or recommendations developed for a minister of the Crown) and (b) (an account of consultations or deliberations involving a minister of the Crown). The Commissioner concluded that the portions of the analysis section withheld under paragraphs 21(1)(a) and (b) were not exempt. He recommended that the Minister disclose the corresponding portions of the analysis section, but the Minister rejected the Commissioner's recommendation. The Commissioner then applied for a review of the Minister's refusal to disclose the disputed passages. The issues were whether the disputed passages were exempt from disclosure under paragraphs 21(1)(a) and (b) of the Act and, if exempt, whether the Minister lawfully exercised his discretion to refuse to disclose the disputed passages.

*Held*, the application should be allowed.

Section 48 of the Act provides that the government institution concerned bears the burden of establishing that its head is authorized to refuse to disclose a requested record. Therefore, the Minister has the burden of proving the applicability of the exemption to a particular set of records.

While subsection 69(1) of the Act provides that, as a general rule, the Act does not apply to Cabinet confidences, subsection 69(3) states an exception to this rule. Paragraph 69(3)(b) in particular excludes "discussion papers described in paragraph (1)(b)" if decisions to which they relate have either been made public or were made more than four years ago, from the application of subsection 69(1). The Commissioner's preliminary argument, that the exemptions provided in paragraphs 21(1)(a) and (b) cannot apply when the conditions in paragraph 69(3)(b) are met because such a result defeats the intent of Parliament and the stated purpose of the Act, was rejected. A plain reading of subsections 69(1) and (3) indicates that if a record falls within the scope of subsection 69(3), then, as an exception to the rule in

celles-ci ainsi qu'une analyse, ou un document de travail, qui présentait une analyse objective du contexte de la question.

Dans le cadre du premier contrôle judiciaire du refus du ministre de communiquer les documents demandés parce qu'il s'agissait de documents confidentiels du Cabinet, la Cour fédérale a statué que l'article 69 de la Loi, selon lequel la Loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Cabinet, ne comprenait pas la section « analyse » du mémoire du Cabinet. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision, sauf qu'elle a donné au ministre la possibilité de revendiquer une exception susceptible de s'appliquer à la section « analyse » du mémoire du Cabinet en application des articles 13 à 26 de la Loi. Le ministre a décidé d'invoquer, pour certains passages de la section « analyse » du mémoire du Cabinet, certaines exceptions, y compris les alinéas 21(1)a) (avis ou recommandations élaborés pour un ministre) et b) (comptes rendus de consultations ou délibérations où est concerné un ministre). Le commissaire a conclu que les passages de la section « analyse » dont la communication avait été refusée en vertu des alinéas 21(1)a) et b) ne bénéficiaient pas d'une exception, et a recommandé au ministre de communiquer les passages en question. Cependant, le ministre a rejeté la recommandation du commissaire, qui a alors déposé un recours en révision du refus du ministre de communiquer les passages contestés. Il s'agissait de savoir si les passages contestés étaient soustraits à la communication en application des alinéas 21(1)a) et b) de la Loi et, dans l'affirmative, si le ministre avait légalement exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des passages contestés.

*Jugement* : la demande est accueillie.

L'article 48 de la Loi dispose que c'est à l'institution fédérale concernée qu'il appartient d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document. C'est donc au ministre qu'il appartient de prouver l'applicabilité d'une exception à un ensemble donné de documents.

Bien que le paragraphe 69(1) de la Loi prévoit que, de manière générale, la Loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Cabinet, le paragraphe 69(3) énonce une exception à cette règle. Plus particulièrement, l'alinéa 69(3)b) exclut les « documents de travail visés à l'alinéa 1b) », dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou ont été rendues quatre ans auparavant, de l'application du paragraphe 69(1). L'argument préliminaire du commissaire selon lequel les exceptions des alinéas 21(1)a) et b) ne peuvent pas s'appliquer lorsque sont remplies les conditions de l'alinéa 69(3)b) parce que tel résultat va à l'encontre de l'intention du législateur et de l'objet déclaré de la Loi a été rejeté. Il appert d'une simple lecture des paragraphes 69(1) et (3) que, si un document entre dans le

subsection 69(1) excluding Cabinet confidences, the Act applies in respect thereof. However, a determination as to whether the record must be released on request must be made in accordance with the other provisions of the Act, not on the basis of this fact alone. Also, if the application of paragraph 69(3)(b) precluded all other exemptions under the Act, the Federal Court of Appeal would not have given the Minister an opportunity to claim any exemptions found to apply to the records which the Clerk found did not constitute Cabinet confidences under paragraph 69(3)(b) of the Act. Furthermore, because the specific exemption under subsection 21(1) of “advice or recommendations” and “accounts of consultations or deliberations” is distinct from the terminology in paragraph 69(3)(b), it follows that, whatever Parliament’s intention was regarding discussion papers, the intention as expressed in subsection 21(1) is that the Minister has discretion to refuse to disclose records containing information described in that subsection. Finally, the legislative history of the Act indicates that Parliament did not intend the application of subsection 69(3) to preclude the operation of subsection 21(1).

Paragraph 21(1)(a) provides a discretionary exemption for “advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown.” According to the case law, such “advice” includes an expression of opinion on policy-related matters but excludes information of a largely factual nature. The combined effect of paragraphs 21(1)(a) and (b) is to exempt from disclosure under the Act a very wide range of documents generated in the internal policy processes of a government institution.

There has been relatively little judicial consideration of paragraph 21(1)(b). However, the *Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines* (TBM) provided some guidance. Although the terms “account”, “consultations” and “deliberations” are not defined in the Act, they should be given their ordinary and usual meaning. Based on the definitions of these words in the TBM, only that information describing the advice provided, the consultations undertaken or the exchange of views leading to a particular decision would qualify as an account exemptible under paragraph 21(1)(b). It follows that factual information must generally be excluded from the scope of paragraph 21(1)(b).

The Minister’s refusal to disclose the disputed passages on the basis of paragraphs 21(1)(a) and (b) was unreasonable. The refusal was primarily because the MMT issue remained an active policy file for the government. But, again according to

champ du paragraphe 69(3), alors, comme exception à la règle du paragraphe 69(1) qui exclut les documents confidentiels du Cabinet, la Loi s’applique audit document. Cependant, la décision quant à la question de savoir si le document doit être communiqué sur demande doit être prise en fonction des autres dispositions de la Loi, pas sur le fondement de ce seul fait. De même, si l’application de l’alinéa 69(3)b) faisait obstacle aux autres exceptions prévues par la Loi, la Cour d’appel fédérale n’aurait pas donné au ministre la possibilité de revendiquer les exceptions pouvant s’appliquer aux documents qui, selon le greffier, ne constituaient pas des documents confidentiels du Cabinet en vertu de l’alinéa 69(3)b) de la Loi. Qui plus est, parce que l’exception particulière du paragraphe 21(1) concernant les « avis et recommandations » et les « comptes rendus de consultations ou délibérations » se distingue des mots employés dans l’alinéa 69(3)b), il s’ensuit que, quelle qu’ait pu être l’intention du législateur à propos des documents de travail, l’intention exprimée dans le paragraphe 21(1) est que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents contenant des renseignements décrits dans ce paragraphe. Enfin, il appert de l’historique de la Loi que le législateur ne souhaitait pas que l’application du paragraphe 69(3) rende inopérant le paragraphe 21(1).

L’alinéa 21(1)a) prévoit une exception discrétionnaire pour les « avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre ». Selon la jurisprudence, les « avis » comprennent l’expression d’une opinion sur des questions de politique, mais excluent les renseignements de nature très factuelle. L’effet combiné des alinéas 21(1)a) et b) est d’exclure de la communication prévue par la Loi un très grand nombre de documents établis dans les processus internes d’élaboration des politiques d’une institution fédérale.

Il y a eu relativement peu de jurisprudence sur l’alinéa 21(1)b). Cependant, le *Guide du Conseil du Trésor : Politiques et lignes directrices en matière d’accès à l’information* (le Guide) a servi de guide. Bien que les mots « compte rendu », « consultations » et « délibérations » ne soient pas définis dans la Loi, ils devraient recevoir leur sens ordinaire et habituel. Selon la définition de ces mots donnée dans le Guide, seuls les renseignements décrivant l’avis donné, les consultations entreprises ou l’échange d’idées conduisant à une décision particulière constituent un compte rendu pouvant faire l’objet d’une exception en vertu de l’alinéa 21(1)b). Il s’ensuit que les renseignements factuels devront en général être exclus du champ de l’alinéa 21(1)b).

Le refus du ministre de communiquer les passages contestés sur le fondement des alinéas 21(1)a) et b) était déraisonnable. Ce refus s’expliquait principalement par le fait que la question du MMT demeurerait pour le gouvernement un

the case law, the Minister must consider the public interest for and against disclosure and weigh these competing interests with the purposes of the Act, namely, removing impediments to the free and frank flow of communications within government departments. Democratic principles require that the public be enabled to participate as widely as possible in influencing policy development. There was no rationale for the non-disclosure in relation to the public interest except that MMT was an active file. The Deputy Minister must consider whether disclosure was possible without impairing the effectiveness of government.

Insufficient reasons were provided in support of the Minister's refusal to disclose. The Deputy Minister's analysis was somewhat capricious. Portions continued to be released even after she had determined disclosure would impair government action despite no appreciable change in circumstances. Moreover, much of what the Deputy Minister withheld based on impairment concerns did not fall under section 21. There was no evidence supporting the Minister's conclusion that the release of the disputed passages would compromise future government action on the MMT issue and virtually all of the analysis section had already been released.

dossier actif. Cependant, selon la jurisprudence, le ministre doit considérer s'il est ou non dans l'intérêt public qu'un document soit communiqué et mettre en balance les intérêts rivaux en gardant à l'esprit les objets de la Loi, savoir l'élimination d'obstacles aux communications libres et spontanées entre les ministères. Les principes démocratiques exigent que le public soit en mesure de participer aussi pleinement que possible à l'élaboration des politiques en exerçant une certaine influence. Il n'y avait aucune justification pour la non-communication au regard de l'intérêt public, sauf que le MMT demeurait un dossier d'actualité. Le sous-ministre doit se demander si la communication est possible sans que cela nuise à l'efficacité du gouvernement.

Le refus du ministre de communiquer les documents ne reposait pas sur des motifs suffisants. L'analyse faite par le sous-ministre fut quelque peu arbitraire. Certaines parties des documents ont continué d'être communiquées après même que le sous-ministre eut estimé que cette communication porterait atteinte à l'action gouvernementale, et cela bien que les circonstances fussent demeurées pratiquement inchangées. D'ailleurs, nombre des passages que le sous-ministre a refusé de communiquer en invoquant une atteinte possible à l'action gouvernementale ne relevait pas de l'article 21. Il n'y avait aucune preuve propre à appuyer la conclusion du ministre selon laquelle la communication des passages contestés mettrait en péril l'action future du gouvernement en ce qui a trait au MMT, et la quasi-totalité de la section « analyse » avait déjà été communiquée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202), 6, 13 (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), 39(2)(a), 41, 42, 48, 49, 50, 53, 69 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 3(F)).

Bill C-43, *An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof*, 1st Sess., 32nd Parl., 1980 (1st reading, July 17, 1980), cls. 21, 22, 69.

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 5(F)).

*Manganese-based Fuel Additives Act*, S.C. 1997, c. 11.

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 47.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202), 6, 13 (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21), 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), 39(2)a), 41, 42, 48, 49, 50, 53, 69 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3(F)).

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5(F)).

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 47.

*Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, ch. 11.

Projet de loi C-43, *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 1980 (1<sup>re</sup> lecture, 17 juillet 1980), clauses 21, 22, 69.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

3430901 *Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421; (2001), 45 Admin. L.R. (3d) 182; 14 C.P.R. (4th) 449; 282 N.R. 284; 2001 FCA 254; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773; (2002), 214 D.L.R. (4th) 1; 289 N.R. 282; 2002 SCC 53; *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245; [1999] 3 C.T.C. 123; (1999), 99 DTC 5337; 168 F.T.R. 49 (T.D.); *Newfoundland Power Inc. v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, 2002 FCT 692; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 SCC 57; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

## CONSIDERED:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, [2001] 3 F.C. 514; (2001), 34 Admin. L.R. (3d) 108; 202 F.T.R. 202; 2001 FCT 277; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2003), 2 Admin. L.R. (4th) 271; 24 C.P.R. (4th) 180; 300 N.R. 210; 2003 FCA 68; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392; (2005), 263 D.L.R. (4th) 113; 44 Admin. L.R. (4th) 4; 344 N.R. 257; 2005 FCA 404; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; 2003 SCC 8; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Peach Hill Management Ltd. v. Canada (sub nom. Jabel Image Concepts Inc. v. Canada)*, [2000] G.S.T.C. 45; (2000), 257 N.R. 193 (F.C.A.); *Rubin v. Canada (Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 32 Admin. L.R. 196; 21 C.P.R. (3d) 1; 86 N.R. 186 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783; (2000), 261 A.R. 201; 185 D.L.R. (4th) 577; [2000] 10

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

3430901 *Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421; 2001 CAF 254; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773; 2002 CSC 53; *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1<sup>re</sup> inst.); *Newfoundland Power Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2002 CFPI 692; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3; 2002 CSC 57; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2001] 3 C.F. 514; 2001 CFPI 277; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CAF 68; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392; 2005 CAF 404; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66; 2003 CSC 8; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Peach Hill Management Ltd. c. Canada (sub nom. Jabel Image Concepts Inc. c. Canada)*, [2000] A.C.F. n° 894 (C.A.) (QL); *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logements)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783; 2000 CSC 31; R. c.

W.W.R. 1; 82 Alta. L.R. (3d) 1; 144 C.C.C. (3d) 385; 34 C.R. (5th) 1; 254 N.R. 201; 2000 SCC 31; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; (1993), 125 N.S.R. (2d) 81; 107 D.L.R. (4th) 537; 85 C.C.C. (3d) 118; 25 C.R. (4th) 179; 157 N.R. 97.

*Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463.

## AUTHORS CITED

Canada. *Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines*, Chapter 2-8 "Specific Exemptions". Ottawa: Supply and Services Canada, 1993.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.

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

## DOCTRINE CITÉE

Canada. *Guide du Conseil du Trésor : Politiques et lignes directrices en matière d'accès à l'information*, chapitre 2-8 « Exceptions particulières ». Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1993.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto : Butterworths, 1974.

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

APPLICATION for judicial review of the Minister of Environment Canada's refusal to disclose portions of a memorandum to Cabinet regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl on the ground that the requested records were exempt from disclosure under *Access to Information Act*, paragraphs 21(1)(a) and (b). Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du ministre de l'Environnement du Canada de communiquer certains passages d'un mémoire au Cabinet relatif au méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle au motif que les documents demandés étaient soustraits à la communication en application des alinéas 21(1)a) et b) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Demande accueillie.

## APPEARANCES:

*Daniel Brunet* and *Diane Therrien* for applicant.

*Christopher M. Rupar* for respondent.

## ONT COMPARU :

*Daniel Brunet* et *Diane Therrien* pour le demandeur.

*Christopher M. Rupar* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Daniel Brunet*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Daniel Brunet*, Ottawa, pour le demandeur.

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

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

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

[1] KELEN J.: This is an application for review of the refusal of the Minister of Environment Canada (the Minister) to disclose portions of a memorandum to Cabinet dated March 1995 regarding Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) by reason that the requested records are exempt from disclosure

[1] LEJUGE KELEN: Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire du refus du ministre de l'Environnement du Canada (le ministre) de communiquer certains passages d'un mémoire au Cabinet daté de mars 1995 relatif au méthylcyclopentadiényl manganèse tricarbonyle (MMT), un refus fondé sur le fait que les documents

under paragraphs 21(1)(a) and (b) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Access Act). The Minister disclosed pages 11 to 38 and Appendix 1 of the memorandum to Cabinet except for redactions in portions of nine paragraphs, which are the subject of this application.

[2] A table identifying the specific portions of the memorandum withheld by the Minister that are the subject of this application (the disputed passages) is set out in Appendix A to these reasons.

## FACTS

[3] The memorandum to Cabinet consisted of two sections. The first section was a three-page advocacy document in which the sponsoring Minister presented Cabinet with an overview of the issue, together with recommendations, their costs and the principal arguments in support of the recommendations. The second section was called the “analysis section”, which presented an objective analysis of the background of the issue, the factors that were considered in arriving at the possible options described, and the cost of implementing each. This “analysis section” was previously known as the “discussion paper” in a memorandum to Cabinet.

### The requested information

[4] The requested information is the “analysis section” or discussion paper that is part of a memorandum to Cabinet. The discussion paper is confined to pages 11 to 38 and Appendix 1, and it is presented in both official languages. The discussion paper relates to the fuel additive MMT. Cabinet made its decision concerning MMT public on May 19, 1995 when the Government introduced Bill C-94, the *Manganese-based Fuel Additives Act*. Bill C-94 was reintroduced as Bill C-29 on April 22, 1996 and was adopted by Parliament on April 25, 1997 (S.C. 1997, c. 11). The purpose of the statute was to prohibit the interprovincial trade and import for commercial purposes of MMT and gasoline containing MMT.

demandés sont soustraits à la communication en application des alinéas 21(1)a) et b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi sur l'accès). Le ministre a communiqué les pages 11 à 38 et l'appendice 1 du mémoire au Cabinet, après suppression de certains passages de neuf paragraphes, suppression qui est l'objet de la présente demande.

[2] À l'appendice A des présents motifs figure un tableau qui indique les passages du mémoire au Cabinet qui ont été retranchés par le ministre et qui sont l'objet de la présente demande (les passages contestés).

## LES FAITS

[3] Le mémoire au Cabinet comprenait deux sections. La première section était une argumentation de trois pages dans laquelle le ministre parrain présentait au Cabinet un survol de la question, accompagné de recommandations, outre leurs coûts et l'argument principal au soutien de chacune d'elles. La deuxième section, intitulée « analyse », présentait une analyse objective du contexte de la question, les facteurs qui avaient été pris en compte pour arriver aux solutions possibles évoquées, enfin le coût de mise en œuvre de chacune des solutions. La section « analyse » était auparavant appelée « document de travail », dans un mémoire au Cabinet.

### L'information demandée

[4] L'information demandée est l'« analyse » ou le document de travail qui fait partie d'un mémoire au Cabinet. Le document de travail, qui se limite aux pages 11 à 38 et à l'appendice 1, est présenté dans les deux langues officielles. Il concerne le MMT, un additif pour carburant. Le Cabinet a rendu publique sa décision concernant le MMT le 19 mai 1995, date à laquelle le gouvernement a déposé le projet de loi C-94, *Loi sur les additifs à base de manganèse*. Le projet de loi C-94 a été déposé à nouveau en tant que projet de loi C-29 le 22 avril 1996 et a été adopté par le Parlement le 25 avril 1997 (L.C. 1997, ch. 11). L'objet de la loi était d'interdire le commerce interprovincial et l'importation à des fins commerciales du MMT et de l'essence contenant du MMT.

### History of this Access Act request

#### (a) The request

[5] On September 16, 1997, Ethyl Canada Inc., through its solicitor, submitted to the Minister a request under section 6 of the Access Act for:

Discussion papers, the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to the Queen's Privy Council for Canada for consideration by the Queen's Privy Council for Canada in making decisions with respect to Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT).

[6] On October 28, 1997, the Minister identified four records relevant to Ethyl's request but advised Ethyl that access to all four records would be denied because they constituted "confidences of the Queen's Privy Council for Canada" (Cabinet confidences) and were therefore excluded from the scope of the Access Act under paragraphs 69(1)(a) and (e).

[7] After the Minister refused to disclose the records, Ethyl complained to the Commissioner. The Commissioner conducted an investigation under section 30 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4] of the Access Act. The Commissioner concluded that a portion of the memorandum, namely the analysis section, fell within the scope of "discussion paper" material identified in paragraph 69(1)(b) of the Access Act and therefore recommended that the Minister disclose portions of the requested records.

[8] The Minister rejected the Commissioner's recommendation. The Commissioner then applied to the Federal Court pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Access Act for a review of the Minister's refusal to disclose the requested records.

#### (b) 1st Federal Court review in 2001

[9] On April 2, 2001, Mr. Justice Edmond Blanchard allowed the Commissioner's application for review and

### Historique de la demande d'accès

#### a) La demande

[5] Le 16 septembre 1997, la société Ethyl Canada Inc., par l'entremise de son avocat, présentait au ministre une demande aux termes de l'article 6 de la Loi sur l'accès, en vue d'obtenir :

[TRADUCTION] Les documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil privé de la Reine pour le Canada se rapportant au méthylcyclopentadiényle manganèse tricarbonyle (MMT).

[6] Le 28 octobre 1997, le ministre recensait quatre documents se rapportant à la demande d'Ethyl, mais informait Ethyl que la communication des quatre documents serait refusée parce que les documents constituaient des « documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada » (les documents confidentiels du Cabinet) et qu'ils étaient donc exclus du champ de la Loi sur l'accès en application des alinéas 69(1)a) et e).

[7] Après refus par le ministre de communiquer les documents, Ethyl a porté plainte auprès du commissaire. Le commissaire a ouvert une enquête en vertu de l'article 30 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4] de la Loi sur l'accès. Il est arrivé à la conclusion qu'une partie du mémoire, la section intitulée « analyse », entrainé dans le champ des « documents de travail » dont parle l'alinéa 69(1)b) de la Loi sur l'accès, et a donc recommandé au ministre de communiquer les passages des documents demandés.

[8] Le ministre a rejeté la recommandation du commissaire. Le commissaire a alors déposé devant la Cour fédérale, en application de l'alinéa 42(1)a) de la Loi sur l'accès, un recours en révision à l'encontre du refus du ministre de communiquer les documents demandés.

#### b) Le premier recours en révision déposé en 2001 devant la Cour fédérale

[9] Le 2 avril 2001, le juge Edmond Blanchard faisait droit au recours en révision déposé par le commissaire

issued an order, as set out in Appendix B to these reasons, requiring the Clerk of the Privy Council (the Clerk) to sever and release portions of the requested records containing background explanations or analyses of problems or policy options: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, [2001] 3 F.C. 514 (T.D.).

[10] On February 7, 2003, the Federal Court of Appeal upheld Justice Blanchard's decision but allowed to a limited extent the appeal by the Minister: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)* (2003), 2 Admin. L.R. (4th) 271. Writing for a unanimous Court, Noël J.A. stated [at paragraph 27]:

I would therefore allow the appeal to the limited extent indicated by these reasons, and vary paragraph 2 of the order given by the Applications Judge as follows:

2. The four documents which both the Minister and the Privy Council Office determined as Cabinet confidences are to be returned for review by the Clerk of the Privy Council to determine:

(a) whether there exists within or appended to the documents a *corpus* of words the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions, that can be reasonably severed from the documents pursuant to section 25 of the Access Act;

(b) if such severable *corpus* of words is found to exist by the Clerk of the Privy Council Office, it is hereby ordered that it be severed and released to the applicant subject to any exemption which may be claimed by the head of the government institution.

[11] Justice Blanchard held that section 69 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 3(F)] of the Access Act, which provides that the Act does not apply to Cabinet confidences, did not include the "analysis section" of the memorandum to Cabinet. The historical evidence demonstrated that the government transformed the "discussion paper", which was part of the memorandum to Cabinet, into the "analysis section". Justice Blanchard held at paragraph 45:

et rendait une ordonnance, reproduite à l'appendice B des présents motifs, qui obligeait le greffier du Conseil privé (le greffier) à prélever et à communiquer les passages des documents demandés qui présentaient des problèmes, des analyses ou des options politiques : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2001] 3 C.F. 514 (1<sup>re</sup> inst.).

[10] Le 7 février 2003, la Cour d'appel fédérale confirmait le jugement du juge Blanchard, mais accueillait dans une mesure restreinte l'appel interjeté par le ministre : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CAF 68. Rédigeant l'arrêt unanime de la Cour d'appel fédérale, le juge Noël écrivait ce qui suit [au paragraphe 27] :

Par conséquent, j'accueillerais l'appel dans la mesure restreinte dont il est fait mention dans les présents motifs, et je modifierais comme suit le paragraphe 2 de l'ordonnance rendue par le juge des demandes :

2. Les quatre documents que le ministre et le Bureau du Conseil privé ont qualifiés de documents confidentiels du Cabinet doivent être retournés au greffier du Conseil privé pour qu'il les examine afin de dire :

a) s'il existe dans les documents ou avec les documents un ensemble de mots destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil et dont le prélèvement, conformément à l'article 25 de la Loi sur l'accès, ne pose pas de problèmes sérieux;

b) si le greffier du Bureau du Conseil privé constate l'existence de pareil ensemble de mots, il est ordonné que cet ensemble soit extrait du document et communiqué à la demanderesse sous réserve de toute exemption revendiquée par le responsable de l'institution fédérale.

[11] Le juge Blanchard avait estimé que l'article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3(F)] de la Loi sur l'accès, selon lequel la Loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Cabinet, ne comprenait pas la section « analyse » du mémoire du Cabinet. La preuve historique montrait que le gouvernement avait transformé le « document de travail », qui faisait partie intégrante du mémoire au Cabinet, en section « analyse ». Le juge Blanchard écrivait ce qui suit, au paragraphe 45 :

Such a change to the Cabinet paper system could be viewed as an attempt to circumvent the will of Parliament.

Therefore, Justice Blanchard found that the analysis section of the memorandum to Cabinet was subject to the Access Act. This groundbreaking decision was upheld by the Federal Court of Appeal. The Court of Appeal held at paragraph 10, *per* Noël J.A.:

In considering the evolution of the Cabinet paper system, the Applications Judge found that the type of discussion previously reflected in a separate document identified as a “discussion paper” was, during the period in issue, moved to the “analysis” section of a document referred to as a “memorandum to Cabinet” (or M.C.). He then analysed the words, purpose and intent of Parliament in enacting paragraph 69(3)(b) of the Access Act and paragraph 39(4)(b) of the CEA and concluded that Parliament did not intend to allow Cabinet to circumvent the application of the legislation by merely incorporating one accessible document into another which is not. He held that it was the contents of a document, rather than its title, which ought to govern and attributed the refusal to produce the requested documents to a misapprehension of the legal effect of the relevant legislation.

[12] The part of the decision not upheld was the finding of Justice Blanchard at paragraph 47 that the analysis section must be disclosed without reference to any exemptions in the Access Act:

In my opinion, the correct meaning of a “discussion paper” intended in paragraphs 69(1)(b) and 69(3)(b) of the Access Act is information the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions. If this information exists but is included in a memorandum to Cabinet, the next step is to determine whether this information can be reasonably severed from the memorandum to Cabinet pursuant to section 25 of the Access Act. If the information can be reasonably severed, it must be released to the public. [Emphasis added.]

The Court of Appeal held at paragraph 16 that the Minister (or head of the government institution) must be provided the opportunity to invoke any exemption that might apply to this information under sections 13 [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 21] to 26 of the Access Act.

Un tel changement apporté au système de dossiers du Cabinet pourrait être considéré comme une tentative de faire fi de la volonté du législateur.

Le juge Blanchard avait donc estimé que la section « analyse » du mémoire au Cabinet était soumise à la Loi sur l'accès. Cette décision novatrice a été confirmée par la Cour d'appel fédérale, dont l'arrêt renferme les propos suivants du juge Noël, au paragraphe 10 :

En examinant l'évolution du système de dossiers du Cabinet, le juge des demandes a conclu que le type de discussion dont faisait autrefois état un document distinct identifié comme étant un « document de travail » faisait partie, pendant la période en cause, de la section « Analyse » d'un document désigné comme étant un « mémoire au Cabinet » (ou MC). Il a ensuite analysé les mots, le but et l'intention du législateur lorsque celui-ci a édicté l'alinéa 69(3)b) de la Loi sur l'accès et l'alinéa 39(4)b) de la LPC et il a conclu que le législateur n'avait pas l'intention de permettre au Cabinet de se soustraire à l'application de la législation en incorporant simplement un document pouvant être communiqué dans un document qui ne peut pas l'être. Il a statué que c'était la teneur d'un document, plutôt que son titre, qui devrait l'emporter et il a attribué le refus de produire les documents demandés à une mauvaise appréciation de l'effet juridique de la législation pertinente.

[12] La partie du jugement qui n'a pas été confirmée était la conclusion du juge Blanchard, au paragraphe 47, selon laquelle la section « analyse » doit être communiquée, sans référence aux exceptions prévues dans la Loi sur l'accès :

À mon avis, les « documents de travail » dont parlent les alinéas 69(1)b) et 69(3)b) de la Loi sur l'accès doivent s'entendre des renseignements destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil. Si ces renseignements existent, mais se trouvent dans un mémoire au Cabinet, il faut alors se demander s'ils peuvent, sans que cela pose de problèmes sérieux, être prélevés du mémoire au Cabinet conformément à l'article 25 de la Loi sur l'accès. Si tel est le cas, ils doivent être communiqués au public. [Non souligné dans l'original.]

La Cour d'appel a jugé, au paragraphe 16, que le ministre (ou chef de l'institution fédérale) doit avoir la possibilité d'invoquer une exception susceptible de s'appliquer à tels renseignements en vertu des articles 13 [mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 21] à 26 de la Loi sur

The Court of Appeal varied the order of Justice Blanchard to allow the Minister of the Environment in this case the opportunity to consider and claim any exemption that might apply to the analysis section of the memorandum to Cabinet.

(c) Clerk certifies under the Canada Evidence Act

[13] The Clerk then reviewed the four records and certified that documents No. 2, No. 3 and No. 4 constituted confidences of the Privy Council. Document No. 1, a 51-page document, is the memorandum. The Clerk certified that pages 1-10 and 39-51 of the memorandum consisted of information contained in “a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council” within the meaning of paragraph 39(2)(a) of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] (the CEA).

[14] The Clerk determined that pages 11-38 of the memorandum and Appendix 1 to the memorandum (the analysis section) contained “a *corpus* of words the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions.” Accordingly, the Clerk referred the analysis section to the Minister for review and invited the Minister to claim any remaining grounds for exempting disclosure under the Access Act as contemplated in the judgment of the Court of Appeal.

(d) 2nd complaint by the Commissioner and Federal Court review

[15] On June 2, 2003, the Commissioner initiated another complaint under subsection 30(3) of the Access Act in respect of the Minister’s failure to process the analysis section.

[16] On June 20, 2003, the Minister informed the Commissioner and Ethyl of his decision to invoke in respect of portions of the analysis section the exemptions provided in section 14, paragraphs 21(1)(a), (b) and (c), and section 23 of the Access Act. The Minister provided Ethyl with the portions of the analysis section that were not subject to exemptions.

l’accès. La Cour d’appel a modifié l’ordonnance du juge Blanchard afin de donner en l’espèce au ministre de l’Environnement la possibilité d’envisager et de revendiquer une exception susceptible de s’appliquer à la section « analyse » du mémoire au Cabinet.

c) Le greffier présente une attestation en vertu de la Loi sur la preuve au Canada

[13] Le greffier a alors examiné les quatre documents et attesté que les documents nos 2, 3 et 4 constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé. Le document n° 1, qui compte 51 pages, est le mémoire. Le greffier a attesté que les pages 1 à 10 et 39 à 51 du mémoire consistaient en des renseignements contenus dans « une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil », au sens de l’alinéa 39(2)a) de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] (la LPC).

[14] Le greffier a estimé que les pages 11 à 38 du mémoire et l’appendice 1 du mémoire (la section « analyse ») contenaient [TRADUCTION] « un ensemble de mots destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l’examen du Conseil ». Il a donc renvoyé la section « analyse » au ministre pour examen, en l’invitant à invoquer tout motif restant qui justifiait une exception à la communication au titre de la Loi sur l’accès ainsi que l’envisageait l’arrêt de la Cour d’appel.

d) La deuxième plainte du commissaire et l’examen de la Cour fédérale

[15] Le 2 juin 2003, le commissaire prenait à nouveau, en vertu du paragraphe 30(3) de la Loi sur l’accès, l’initiative d’une plainte alléguant l’omission du ministre de communiquer la section « analyse ».

[16] Le 20 juin 2003, le ministre informait le commissaire et Ethyl de sa décision d’invoquer, pour certains passages de la section « analyse », les exceptions prévues par l’article 14, les alinéas 21(1)a), b) et c) et l’article 23 de la Loi sur l’accès. Le ministre a communiqué à Ethyl les passages de la section « analyse » qui ne tombaient pas sous le coup d’exceptions.

[17] Further to his own complaint, the Commissioner investigated the Minister's response to Ethyl's request by examining the exemptions claimed by the Minister and seeking representations from Ethyl and the Minister concerning the application of the exemptions.

[18] On February 20, 2004, the Minister withdrew his reliance on section 14 of the Access Act in respect of paragraphs 37 and 68-79 of the analysis section and on paragraph 21(1)(c) of the Access Act in respect of paragraphs 55-106 of the analysis section. The Minister maintained his reliance, however, on the exemptions provided in paragraphs 21(1)(a),(b) and section 23 of the Access Act.

[19] On September 30, 2004, the Commissioner completed his investigation of his complaint. The Commissioner concluded that the portions of the analysis section withheld under paragraphs 21(1)(a) and (b) were not exempt and recommended that the Minister disclose the corresponding portions of the analysis section. The Commissioner also concluded, however, that the Minister properly claimed exemptions under section 23 of the Access Act in respect of other portions of the analysis section.

[20] The Minister rejected the Commissioner's recommendation to disclose additional information. On March 25, 2005, with Ethyl's consent, the Commissioner applied to this Court for a review of the Minister's refusal to disclose the disputed passages.

#### RELEVANT LEGISLATION

[21] The legislation relevant to this application is:

1. the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1; and
2. the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.

The relevant excerpts of these statutes are reproduced at Appendix C to these reasons.

[17] À la suite de sa propre plainte, le commissaire a enquêté sur la réponse du ministre à la demande présentée par Ethyl en examinant les exceptions invoquées par le ministre et en invitant Ethyl et le ministre à s'exprimer sur l'application des exceptions.

[18] Le 20 février 2004, le ministre décidait de ne plus invoquer l'article 14 de la Loi sur l'accès pour les paragraphes 37 et 68 à 79 de la section « analyse », ni l'alinéa 21(1)c) de la Loi sur l'accès pour les paragraphes 55 à 106 de la section « analyse ». Le ministre continuait toutefois d'invoquer les exceptions prévues par les alinéas 21(1)a) et b) et l'article 23 de la Loi sur l'accès.

[19] Le 30 septembre 2004, le commissaire achevait l'examen de sa plainte. Il a conclu que les passages de la section « analyse » dont la communication avait été refusée aux termes des alinéas 21(1)a) et b) ne bénéficiaient pas d'une exception, et a recommandé au ministre de communiquer les passages en question. Il a aussi conclu toutefois que le ministre avait valablement invoqué l'exception prévue par l'article 23 de la Loi sur l'accès pour les autres passages de la section « analyse ».

[20] Le ministre a rejeté la recommandation du commissaire de communiquer des renseignements additionnels. Le 25 mars 2005, avec le consentement d'Ethyl, le commissaire déposait devant la Cour un recours en révision du refus du ministre de communiquer les passages contestés.

#### LES DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES

[21] Les textes qui intéressent la demande sont les suivants :

1. la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1;
2. la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5.

Les extraits pertinents de ces lois sont reproduits à l'appendice C des présents motifs.

## STANDARD OF REVIEW

[22] Before embarking on an analysis of the issues raised in this application, it is necessary to undertake the pragmatic and functional analysis of the appropriate standard of review: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. As stated by Linden J.A. in *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392 (F.C.A.), at paragraph 46:

[. . .] the pragmatic and functional analysis must be undertaken anew by the reviewing court with respect to each decision of an administrative decision maker, not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular provision. [Underlining in original.]

[23] This application raises as issues the interpretation and application of the discretionary exemptions under paragraphs 21(1)(a) and (b) of the Access Act to a particular set of records. If this Court finds that the exemptions apply, the Commissioner additionally calls upon this Court to review the exercise of the Minister's discretion to refuse disclosure of the disputed passages. These are two distinct issues requiring separate analyses of the applicable standard of review.

(i) Standard of review with respect to paragraphs 21(1)(a) and (b): interpretation and application

(a) Presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal

[24] The first factor is the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal. This factor was assessed by the Supreme Court of Canada in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66. At paragraph 15, Gonthier J. held that the Access Act does not contain a privative clause insulating decisions of heads of government institutions on questions of access to information, and sections 41 and 42 of that Act provide a statutory right of judicial review of these decisions before the Federal Court. Accordingly, this factor suggests no deference.

## NORME DE CONTRÔLE

[22] Avant d'entreprendre l'analyse des points soulevés dans la demande, il est nécessaire de procéder à l'analyse pragmatique et fonctionnelle de la norme de contrôle devant être appliquée : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Ainsi que l'écrivait le juge Linden dans l'arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392 (C.A.F.), au paragraphe 46 :

[. . .] la cour de révision doit effectuer de nouveau l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance administrative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d'une disposition précise. [Souligné dans l'original.]

[23] Les points soulevés dans la demande concernent l'interprétation des exceptions discrétionnaires prévues par les alinéas 21(1)a) et b) de la Loi sur l'accès, et leur application à un ensemble donné de documents. Si la Cour juge que les exceptions s'appliquent, alors le commissaire invite aussi la Cour à examiner la manière dont le ministre a exercé son pouvoir de refuser la communication des passages contestés. Ce sont là deux aspects distincts, qui requièrent chacun une analyse de la norme de contrôle applicable.

(i) La norme de contrôle se rapportant aux alinéas 21(1)a) et b) : interprétation et application

a) La présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi

[24] Le premier facteur à considérer est la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi. Ce facteur a été évalué par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66. Au paragraphe 15, le juge Gonthier écrivait que la Loi sur l'accès ne contient pas de clause privative protégeant les décisions des responsables des institutions fédérales se rapportant aux questions d'accès à l'information, et les articles 41 et 42 de cette Loi prévoient un droit de recours en révision de telles décisions devant la Cour fédérale. Aucune obligation de retenue ne découle donc de ce facteur.

(b) Relative expertise

[25] The second factor to consider is the expertise of the decision maker relative to the Court. The finding under review involves the statutory interpretation by the Minister of the interplay between paragraphs 21(1)(a), (b) and section 69 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 3(F)] of the Access Act. Relative to the reviewing judge, this decision maker has no expertise in statutory interpretation. The Court is better able to decide questions of law than the Minister. Accordingly, this factor suggests a less deferential review.

(c) Purpose of the legislation

[26] The third factor to consider is the purpose of the applicable legislation, namely the Access Act. In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, the Supreme Court *per* Gonthier J. at paragraph 17 determined that the purpose of the Access Act is advanced by adopting a less deferential standard of review.

(d) Nature of the question

[27] The fourth factor to be addressed is the nature of the question: whether it is one of law, fact, or mixed law and fact. The Court will accord greater deference to the head of a government's factual findings and less deference on questions of legal principle or interpretation. The question in this review involves the statutory interpretation of the interplay of provisions under the Access Act with respect to the disputed passages. This is a question of law, which warrants no deference.

(e) Conclusion

[28] Having regard to the four factors, the Minister's decision to withhold the disputed passages on the basis of the exemptions provided in paragraphs 21(1)(a) and (b) should be assessed on the correctness standard.

b) Les spécialisations respectives du ministre et de la Cour

[25] Le second facteur à examiner est la spécialisation du décideur par rapport à celle de la Cour. La décision dont la révision est demandée concerne la manière dont le ministre interprète l'interaction des alinéas 21(1)a) et b) et de l'article 69 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 3(F)] de la Loi sur l'accès. Par rapport à la juridiction de contrôle, ce décideur n'a aucune spécialisation en matière d'interprétation des lois. La Cour est mieux placée que le ministre pour statuer sur les questions de droit. Ce facteur milite donc en faveur d'une retenue moindre.

c) L'objet de la législation

[26] Le troisième facteur à considérer est l'objet du texte applicable, à savoir la Loi sur l'accès. Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, le juge Gonthier, s'exprimant pour la Cour suprême, écrivait au paragraphe 17 que l'adoption d'une norme de contrôle qui commande une moins grande retenue sert l'objectif de la Loi sur l'accès.

d) La nature de la question

[27] Le quatrième facteur à considérer est la nature de la question : s'agit-il d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait? La Cour acquiescera plus volontiers aux conclusions factuelles du responsable d'une institution fédérale qu'à ses conclusions portant sur des questions de droit ou d'interprétation des lois. Le point soulevé dans le présent recours en révision concerne la manière d'interpréter l'interaction de plusieurs dispositions de la Loi sur l'accès en ce qui a trait aux passages contestés. C'est là une question de droit, qui ne commande aucune retenue judiciaire.

e) Conclusion

[28] Eu égard aux quatre facteurs, la décision du ministre de ne pas communiquer les passages contestés sur le fondement des exceptions prévues par les alinéas 21(1)a) et b) devrait être évaluée selon la norme de la décision correcte.

(ii) Standard of review with respect to the exercise of discretion

[29] The Access Act leaves the disclosure of records falling within paragraph 21(1)(a) or (b) to the discretion of the Minister. The Federal Court of Appeal considered the standard of review applicable to a minister's exercise of discretion under paragraph 21(1)(a) in *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421 (hereinafter *Telezone*). At paragraph 45, Evans J.A. stated:

In my opinion, the Minister's exercise of discretion under paragraph 21(1)(a) is now also subject to review for unreasonableness. Further, "unreasonableness *simpliciter*," not patent unreasonableness, is the relevant variant of rationality review applicable to the discretionary decision in this case. The expertise available to the Minister in making the decision, and his accountability to Parliament, are outweighed by the importance afforded by the Act to the right affected, namely, the public right of access to government records secured by an independent review of refusals to disclose, and by the case-specific nature of the policy decision made. [Emphasis added.]

[30] In my view, Evans J.A.'s analysis is equally applicable to this Court's review of the Minister's exercise of discretion under paragraphs 21(1)(a) and (b). I therefore conclude that the Minister's exercise of discretion should be assessed on the reasonableness standard.

#### BURDEN OF PROOF

[31] Section 48 of the Access Act provides that the government institution concerned bears the burden of establishing that its head is authorized to refuse to disclose a requested record. The parties agree that, as the party attempting to prevent disclosure, the Minister bears the burden of proving the applicability of an exemption to a particular set of records.

[32] The Minister argues, however, that, as the party alleging that discretion has been improperly exercised, the Commissioner bears the burden of proving this

(ii) La norme de contrôle se rapportant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[29] La Loi sur l'accès fait relever du pouvoir discrétionnaire du ministre la communication de documents relevant des alinéas 21(1)a) ou b). La Cour d'appel fédérale a examiné, dans l'arrêt *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421 (l'arrêt *Telezone*), la norme de contrôle applicable à la manière dont un ministre exerce son pouvoir discrétionnaire selon l'alinéa 21(1)a). Au paragraphe 45, le juge Evans écrivait ce qui suit :

À mon avis, on peut également examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'alinéa 21(1)a) pour déterminer s'il était déraisonnable. De plus, c'est la norme de la « décision déraisonnable *simpliciter* », et non celle de la décision manifestement déraisonnable, qui est la variante pertinente de l'examen de la rationalité applicable à la décision discrétionnaire en l'espèce. L'importance accordée par la Loi au droit touché, savoir le droit du public d'avoir accès aux documents de l'administration fédérale garanti par un examen indépendant du refus de les communiquer, et la nature particulière de la décision de principe prise l'emportent sur l'expertise dont disposait le ministre lorsqu'il a pris la décision et son obligation de rendre compte au Parlement. [Non souligné dans l'original.]

[30] Selon moi, l'analyse du juge Evans vaut également pour la révision que fait la Cour de la manière dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire en application des alinéas 21(1)a) et b). J'arrive donc à la conclusion que la manière dont le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire devrait être évaluée selon la norme de la décision raisonnable.

#### LA CHARGE DE LA PREUVE

[31] L'article 48 de la Loi sur l'accès dispose que c'est à l'institution fédérale concernée qu'il appartient d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document. Les parties s'accordent à dire que, en tant que partie qui souhaite empêcher la communication de documents, c'est au ministre qu'il appartient de prouver l'applicabilité d'une exception à un ensemble donné de documents.

[32] Le ministre fait valoir cependant que, en tant que partie qui prétend que le pouvoir discrétionnaire a été exercé irrégulièrement, c'est au Commissaire qu'il

allegation. The Minister relies on the Federal Court of Appeal's judgment in *Telezone*. At paragraph 99 of that judgment, Evans J.A. concluded that "the burden of proof was on the appellants to establish that the Minister had failed to exercise according to law the statutory discretion to disclose the documents containing advice and recommendations within the meaning of paragraph 21(1)(a)."

[33] In my view, however, the Supreme Court of Canada's subsequent judgment in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, disposes of this issue. At paragraph 60, Gonthier J., writing for a unanimous Court, stated the following in relation to the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21]:

As I have said, s. 22(1)(b) is not an absolute exemption clause. The decision of the Commissioner of Official Languages to refuse disclosure under s. 22(1)(b) must be based on concrete reasons that meet the requirements imposed by that paragraph. Parliament has provided that there must be a reasonable expectation of injury in order to refuse to disclose information under that provision. In addition, s. 47 of the Privacy Act provides that the burden of establishing that the discretion was properly exercised is on the government institution. If the government institution is unable to show that its refusal was based on reasonable grounds, the Federal Court may then vary that decision and authorize access to the personal information (s. 49). [Some emphasis added.]

[34] Although Gonthier J.'s statement in *Lavigne* concerns section 47 of the *Privacy Act*, the same reasoning applies with equal force to section 48 of the *Access Act*. As Evans J.A. noted in *Telezone*, at paragraph 93, "[s]ections 47 and 48 of the *Privacy Act* are not materially different from sections 48 and 49 of the *Access to Information Act*."

[35] Accordingly, the Court must be satisfied that the Minister was correct in determining that paragraph 21(1)(a) or (b) apply in respect of the disputed passages and that the Minister's discretionary refusal to disclose was reasonable.

appartient de prouver ce fait. Le ministre invoque l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Telezone*. Au paragraphe 99 de cet arrêt, le juge Evans arrivait à la conclusion qu'« il incombait aux appelants d'établir que le ministre n'avait pas exercé conformément à la loi le pouvoir discrétionnaire de communiquer des documents contenant des avis et recommandations au sens de l'alinéa 21(1)a ».

[33] À mon avis cependant, c'est l'arrêt rendu plus tard par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, qui dispose de cette question. Au paragraphe 60, le juge Gonthier, rédigeant l'arrêt unanime de la Cour, écrivait ce qui suit à propos de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] :

Comme je l'ai mentionné, l'al. 22(1)b) n'est pas une clause d'exclusion absolue. La décision du Commissaire aux langues officielles de refuser la divulgation en application de l'al. 22(1)b) doit être appuyée sur des motifs concrets à l'intérieur des conditions imposées par cet alinéa. En effet, le législateur a prévu qu'il doit exister une vraisemblance de préjudice pour refuser de communiquer les renseignements en vertu de cette disposition. De plus, l'art. 47 de la Loi sur la protection des renseignements personnels prévoit qu'il appartient à l'institution fédérale de faire la preuve du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si l'institution fédérale n'arrive pas à démontrer que son refus est basé sur des motifs raisonnables, la Cour fédérale peut alors modifier cette décision et autoriser l'accès aux renseignements personnels (art. 49). [Certains soulignés sont ajoutés.]

[34] Les propos tenus par le juge Gonthier dans l'arrêt *Lavigne* concernent l'article 47 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mais le même raisonnement s'applique aussi bien à l'article 48 de la *Loi* sur l'accès. Ainsi que l'écrivait le juge Evans dans la décision *Telezone*, au paragraphe 93, « [L]es articles 47 et 48 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne diffèrent pas sensiblement des articles 48 et 49 de la *Loi sur l'accès à l'information* ».

[35] La Cour doit donc être persuadée que le ministre était fondé à dire que les alinéas 21(1)a) ou b) s'appliquent aux passages contestés, et persuadée que sa décision de refuser leur communication était raisonnable.

## ISSUES

[36] The issue is whether the Minister lawfully refused to disclose the disputed passages on the basis of the exemption provided in paragraphs 21(1)(a) and (b) of the Access Act. Specifically:

1. Are the disputed passages exempt from disclosure under paragraph 21(1)(a) or (b) of the Access Act?
2. If exempt, did the Minister lawfully exercise his discretion to refuse to disclose the disputed passages?

## ANALYSIS

Issue No. 1: Are the disputed passages exempt from disclosure?

(a) The interplay between section 21 and section 69 of the Access Act

[37] Paragraphs 21(1)(a) and (b) grant the Minister discretion to withhold certain records containing advice provided to the government:

*Operations of Government*

21. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,

(b) an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown,

...

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

[38] Before considering the specific application of paragraphs 21(1)(a) and (b) to the disputed passages, it is necessary to address a preliminary issue raised by the Commissioner concerning the interplay between sections 21 and 69 of the Access Act.

## LES POINTS LITIGIEUX

[36] Il s'agit de savoir si le ministre était légalement fondé à refuser la communication des passages contestés en invoquant l'exception prévue par les alinéas 21(1)a) et b) de la Loi sur l'accès. Plus précisément :

1. Les passages contestés sont-ils soustraits à la communication en application des alinéas 21(1)a) ou b) de la Loi sur l'accès?
2. Dans l'affirmative, le ministre a-t-il légalement exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des passages contestés?

## ANALYSE

Point n° 1 : Les passages contestés sont-ils soustraits à la communication?

a) L'interaction de l'article 21 et de l'article 69 de la Loi sur l'accès

[37] Les alinéas 21(1)a) et b) confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de certains documents renfermant des avis donnés au gouvernement :

*Activités du gouvernement*

21. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant :

a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;

b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;

[38] Avant d'examiner l'application proprement dite des alinéas 21(1)a) et b) aux passages contestés, il est nécessaire de régler un point préliminaire soulevé par le commissaire à propos de l'interaction des articles 21 et 69 de la Loi sur l'accès.

[39] Subsection 69(1) provides that, as a general rule, the Access Act does not apply to Cabinet confidences. Subsection 69(3) carves out an exception to this rule:

69. (1) This Act does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada, including, without restricting the generality of the foregoing,

...

(b) discussion papers the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

...

(3) Subsection (1) does not apply to

(a) confidences of the Queen's Privy Council for Canada that have been in existence for more than twenty years; or

(b) discussion papers described in paragraph (1)(b)

(i) if the decisions to which the discussion papers relate have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

[40] In accordance with the Court of Appeal's judgment dated February 7, 2003, the Clerk reassessed the four documents originally identified as responsive to Ethyl's request and severed the portions falling within the scope of the exception defined in paragraph 69(3)(b). The Clerk concluded that the analysis section constituted a "discussion paper" within the meaning of paragraph 39(4)(b) of the *Canada Evidence Act* and therefore did not warrant protection as a Cabinet confidence. Paragraph 39(4)(b), which is set out in Appendix C to these reasons, is identical to paragraph 69(3)(b) of the Access Act. Further to the Court of Appeal's judgment, the Minister was given an opportunity to claim exemptions applicable to the analysis section.

[41] The Commissioner argues, however, that the exemptions provided in paragraphs 21(1)(a) and (b) cannot apply when the conditions in paragraph 69(3)(b)

[39] Le paragraphe 69(1) prévoit que, de manière générale, la Loi sur l'accès ne s'applique pas aux documents confidentiels du Cabinet. Le paragraphe 69(3) énonce une exception à cette règle :

69. (1) La présente loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notamment aux :

[...]

b) documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

[...]

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

a) aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) aux documents de travail visés à l'alinéa (1)b), dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

[40] À la suite de l'arrêt de la Cour d'appel du 7 février 2003, le greffier a réévalué les quatre documents dont on avait trouvé au départ qu'ils correspondaient à la demande d'Ethyl, et en a prélevé les passages entrant dans le champ de l'exception définie à l'alinéa 69(3)b). Le greffier a conclu que la section « analyse » constituait un « document de travail » au sens de l'alinéa 39(4)b) de la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'elle ne justifiait donc pas une protection en tant que document confidentiel du Cabinet. L'alinéa 39(4)b), qui est reproduit à l'appendice C des présents motifs, est identique à l'alinéa 69(3)b) de la Loi sur l'accès. Par suite de l'arrêt de la Cour d'appel, le ministre a eu le loisir de revendiquer les exceptions applicables à la section « analyse ».

[41] Le commissaire fait cependant valoir que les exceptions des alinéas 21(1)a) et b) ne peuvent pas s'appliquer lorsque sont remplies les conditions de

are met. Discussion papers removed from the “protection of candour” regime found in subsection 69(1), it is argued, cannot be exempt from disclosure by being categorized as “advice or recommendations” or “accounts of consultations or deliberations” under paragraph 21(1)(a) or (b). The Commissioner argues that such a result defeats the intent of Parliament and the stated purpose of the Access Act.

[42] The modern approach to statutory interpretation described by Elmer Driedger in *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974), at page 67 was adopted by the Supreme Court of Canada in *Re Rizzo and Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[43] The Commissioner has filed material tracing the legislative history of sections 21 and 69. On the basis of this extrinsic material, the Commissioner asks the Court to interpret the Access Act in such a way as to prevent the exemption under subsection 21(1) of any records within the scope of subsection 69(3). It is well established that the Court may look to extrinsic material, including Hansard, to ascertain the purpose behind an enactment or provision: *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, at paragraph 17; *R. v. Morgentaler*, [1993] 2 S.C.R. 463, at pages 483-484.

[44] Both a plain reading of sections 21 and 69 and a review of the Access Act’s legislative history, however, leads me to conclude that the Commissioner’s argument on this point must fail.

[45] First, the effect of subsection 69(3) is discerned, albeit circuitously, by reading the opening text of subsections 69(1) and (3):

l’alinéa 69(3)b). Les documents de travail soustraits au régime de « protection du franc-parler », un régime institué dans le paragraphe 69(1), ne sauraient, de dire le commissaire, être soustraits à la communication parce qu’ils sont classés comme « avis ou recommandations » ou comme « comptes rendus de consultations ou délibérations », selon les alinéas 21(1)a) ou b). Le commissaire soutient qu’un tel résultat va à l’encontre de l’intention du législateur et de l’objet déclaré de la Loi sur l’accès.

[42] La méthode contemporaine d’interprétation des lois, décrite par Elmer Driedger dans *The Construction of Statutes* (Toronto : Butterworths, 1974), à la page 67, a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Re Rizzo and Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21 :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[43] Le commissaire a déposé des documents dressant l’historique des articles 21 et 69. Se fondant sur ces documents extrinsèques, il demande à la Cour d’interpréter la Loi sur l’accès d’une manière qui empêche l’application de l’exception du paragraphe 21(1) pour les documents relevant du paragraphe 69(3). Il est bien établi que la Cour peut s’en rapporter à des documents extrinsèques, notamment aux débats du Parlement, pour déterminer la raison d’être d’un texte ou d’une disposition : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, paragraphe 17; *R. c. Morgentaler*, [1993] 2 R.C.S. 463, aux pages 483 et 484.

[44] Une simple lecture des articles 21 et 69, suivie d’un examen de l’historique de la Loi sur l’accès, me conduit cependant à dire que l’argument du commissaire sur ce point n’est pas valable.

[45] D’abord, l’effet du paragraphe 69(3) apparaît, encore qu’indirectement, à la lecture des mots liminaires des paragraphes 69(1) et (3) :

69. (1) This Act does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada, including, without restricting the generality of the foregoing,

...

(3) Subsection (1) does not apply to [Emphasis added.]

A plain reading of these provisions indicates that if a record falls within the scope of subsection 69(3), then, as an exception to the rule in subsection 69(1) excluding Cabinet confidences, the Access Act applies in respect of the record. As noted below, this fact alone does not determine whether the record must be released on request. Such a determination must be made in accordance with the other provisions of the Access Act.

[46] Second, the Court of Appeal was clear in granting the Minister an opportunity to claim any exemptions found to apply to the records which the Clerk found did not constitute Cabinet confidences under paragraph 69(3)(b) of the Access Act. As referred to above in paragraph 10, Noël J.A. stated:

(b) if such severable *corpus* of words is found to exist by the Clerk of the Privy Council Office, it is hereby ordered that it be severed and released to the applicant subject to any exemption which may be claimed by the head of the government institution. [Emphasis added.]

If the application of paragraph 69(3)(b) precluded all other exemptions under the Access Act, no such opportunity would have been provided.

[47] Third, the specific exemption under subsection 21(1) of "advice or recommendations" and "accounts of consultations or deliberations" is distinct from the terminology found in paragraph 69(1)(b): "discussion papers the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions". As Malone J.A. explained in *Peach Hill Management Ltd. v. Canada (sub nom. Jabel Image Concepts Inc. v. Canada)*, [2002] G.S.T.C. 45 (F.C.A.), at paragraph 12:

69. (1) La présente loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notamment aux :

[...]

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas : [Non souligné dans l'original.]

Une simple lecture de ces dispositions nous enseigne que, si un document entre dans le champ du paragraphe 69(3), alors, comme exception à la règle du paragraphe 69(1) qui exclut les documents confidentiels du Cabinet, la Loi sur l'accès s'applique audit document. Comme je le fait remarquer ci-dessous, ce fait ne permet pas à lui seul de dire si le document doit être communiqué sur demande. C'est là une décision qui doit être prise en fonction des autres dispositions de la Loi sur l'accès.

[46] Deuxièmement, la Cour d'appel a clairement donné au ministre la possibilité de revendiquer les exceptions pouvant s'appliquer aux documents qui, selon le greffier, ne constituaient pas des documents confidentiels du Cabinet aux termes de l'alinéa 69(3)(b) de la Loi sur l'accès. Comme je l'indique plus haut au paragraphe 10, le juge Noël écrivait ce qui suit :

b) si le greffier du Bureau du Conseil privé constate l'existence de pareil ensemble de mots, il est ordonné que cet ensemble soit extrait du document et communiqué à la demanderesse sous réserve de toute exemption revendiquée par le responsable de l'institution fédérale. [Non souligné dans l'original.]

Si l'application de l'alinéa 69(3)(b) faisait obstacle aux autres exceptions prévues par la Loi sur l'accès, la Cour d'appel n'aurait pas donné cette possibilité au ministre.

[47] Troisièmement, l'exception particulière du paragraphe 21(1) concernant les « avis et recommandations » et les « comptes rendus de consultations ou délibérations » se distingue des mots employés dans l'alinéa 69(1)(b) : « documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil ». Ainsi que l'expliquait le juge Malone dans l'arrêt *Peach Hill Management Ltd. c. Canada (sub nom. Jabel Image Concepts Inc. c. Canada)*, [2000] A.C.F. n° 894 (C.A.) (QL), au paragraphe 12 :

When an Act uses different words in relation to the same subject such a choice by Parliament must be considered intentional and indicative of a change in meaning or a different meaning.

It follows that, whatever Parliament's intention was in respect of discussion papers, the intention as expressed in subsection 21(1) is that the Minister has discretion to refuse to disclose records containing information described in that subsection.

[48] Finally, the legislative history of the Access Act indicates that Parliament did not intend the application of subsection 69(3) to preclude the operation of subsection 21(1). Bill C-43, which enacted the Access Act, received first reading in the House of Commons on July 17, 1980. Bill C-43 at first reading contained distinct exemptions for Cabinet confidences and records containing "advice or recommendations" and "accounts of consultations or deliberations": the former were subject to a mandatory exemption under clause 21, and the latter were subject to a discretionary exemption under clause 22. Clauses 21 and 22, as they read during first reading of Bill C-43, are set out in Appendix D to these reasons. During the Committee stage, Bill C-43 was amended by removing the mandatory exemption for Cabinet confidences under clause 21 and substituting a new clause 69, which removed altogether Cabinet confidences from the scope of the Access Act. In doing so, the Committee added an exception for background papers. Clause 22 now appears as section 21 of the Access Act, and clause 69 appears as section 69 of the Access Act.

[49] Clauses 21 and 22 addressed distinct classes of records based on distinct justifications for their non-disclosure. Notwithstanding the differences between these predecessor clauses and the current provisions found in subsections 21(1) and 69(3) of the Access Act, it is clear that Parliament did not intend these provisions to be applied such that records within the scope of the

Lorsqu'une loi emploie des mots différents pour traiter du même sujet, ce choix du législateur doit être considéré comme délibéré et être tenu pour une indication de changement de sens ou de différence de sens.

Il s'ensuit que, quelle qu'ait pu être l'intention du législateur à propos des documents de travail, l'intention exprimée dans le paragraphe 21(1) est que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents contenant des renseignements décrits dans ce paragraphe.

[48] Finalement, l'historique de la Loi sur l'accès nous enseigne que le législateur ne souhaitait pas que l'application du paragraphe 69(3) rende inopérant le paragraphe 21(1). Le projet de loi C-43, qui édictait la Loi sur l'accès, avait fait l'objet d'une première lecture à la Chambre des communes le 17 juillet 1980. En première lecture, le projet de loi C-43 contenait des exceptions distinctes pour les documents confidentiels du Cabinet et les documents renfermant des « avis ou recommandations » et des « comptes rendus de consultations et délibérations » : les premiers étaient sujets à une exception impérative prévue par la clause 21, et les seconds étaient sujets à une exception discrétionnaire prévue par la clause 22. Les clauses 21 et 22, telles qu'elles étaient formulées durant la première lecture du projet de loi C-43, sont reproduites à l'appendice D des présents motifs. Durant son examen en comité, le projet de loi C-43 fut amendé par suppression de l'exception impérative pour les documents confidentiels du Cabinet, dans la clause 21, et par substitution d'une nouvelle clause 69, qui soustrayait purement et simplement les documents confidentiels du Cabinet au champ de la Loi sur l'accès. Ce faisant, le comité ajoutait une exclusion pour les documents de travail. La clause 22 est aujourd'hui l'article 21 de la Loi sur l'accès, et la clause 69 l'article 69 de la Loi sur l'accès.

[49] Les clauses 21 et 22 concernaient des catégories distinctes de documents, chacune fondée sur sa propre justification quant à la non-communication desdits documents. Nonobstant les divergences entre les clauses du projet de loi et les dispositions actuelles des paragraphes 21(1) et 69(3) de la Loi sur l'accès, il est clair que le législateur ne voulait pas que ces disposi-

latter are necessarily excluded from the former. While the possibility for overlap exists, nothing inherent in these provisions requires it.

[50] The Commissioner's argument that exemptions under subsection 21(1) cannot be applied to records within the scope of subsection 69(3) must therefore fail.

Issue No. 1: Are the disputed passages exempt from disclosure?

(b) "Advice or recommendations": paragraph 21(1)(a)

[51] Paragraph 21(1)(a) provides a discretionary exemption for "advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown." The Federal Court of Appeal held in *Telezone*, at paragraph 50, that:

by exempting "advice and recommendations" from disclosure, Parliament must be taken to have intended the former to have a broader meaning than the latter, otherwise it would be redundant. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal then interpreted "advice" at paragraph 52:

On the basis of these considerations, I would include within the word "advice" an expression of opinion on policy-related matters, but exclude information of a largely factual nature, even though the verb "advise" is sometimes used in ordinary speech in respect of a communication that is neither normative, nor in the nature of an opinion.

[52] I am also guided by the interpretation of section 21 provided by Evans J., as he then was, in *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D.), at paragraph 39:

It is difficult to avoid the conclusion that the combined effect of paragraphs 21(1)(a) and (b) is to exempt from disclosure under the Act a very wide range of documents generated in the internal policy processes of a government

tions soient appliquées de telle sorte que les documents relevant de la deuxième catégorie soient nécessairement exclus de la première. La possibilité d'un empiètement existe, mais rien d'inhérent à ces dispositions ne commande un tel empiètement.

[50] L'argument du commissaire selon lequel les exceptions prévues par le paragraphe 21(1) ne peuvent s'appliquer aux documents relevant du paragraphe 69(3) n'est donc pas valable.

Point n° 1 : Les passages contestés sont-ils soustraits à la communication?

b) « Avis ou recommandations » : alinéa 21(1)a

[51] L'alinéa 21(1)a prévoit une exception discrétionnaire pour les « avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre » de la Couronne. La Cour d'appel fédérale a jugé dans l'arrêt *Telezone*, précité, au paragraphe 50, que :

[...] en décidant d'inclure les « avis ou recommandations » dans une exception, le législateur voulait que le premier ait un sens plus général que le deuxième, sinon il y aurait redondance. [Souligné dans l'original.]

La Cour d'appel a ensuite interprété, au paragraphe 52, le mot « avis » :

Compte tenu de ces considérations, j'inclurais dans le mot anglais *advice* (avis) l'expression d'une opinion sur des questions de politique, mais j'en exclurais les renseignements de nature très factuelle, même si le verbe *advise* est parfois utilisé dans la langue courante relativement à une communication qui n'est pas normative et n'a pas la nature d'une opinion.

[52] Je suis également guidé par l'interprétation de l'article 21 qui est offerte par le juge Evans, aujourd'hui juge à la Cour d'appel fédérale, dans la décision *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 39 :

Il est difficile de ne pas en venir à la conclusion que l'effet combiné des alinéas 21(1)a) et b) est d'exclure de la communication prévue par la Loi un très grand nombre de documents établis dans les processus internes d'élaboration

institution. Documents containing information of a factual or statistical nature, or providing an explanation of the background to a current policy or legislative provision, may not fall within these broad terms. However, most internal documents that analyse a problem, starting with an initial identification of a problem, then canvassing a range of solutions, and ending with specific recommendations for change, are likely to be caught within paragraph (a) or (b) of subsection 21(1).

[53] In refusing to release the disputed passages, the Minister has relied on both paragraphs 21(1)(a) and (b). Having reviewed the material, I conclude that some portions of the disputed passages are subject to the discretionary exemption under paragraph 21(1)(a). I will review separately the applicability of paragraph 21(1)(b) to the disputed passages. The confidential Appendix to these reasons sets out for greater certainty the appropriate redactions in the nine paragraphs in dispute. The highlighted portions in the confidential Appendix indicate the portions of text which the Court concludes are not subject to paragraph 21(1)(a).

#### Paragraph 46

[54] Paragraph 46, which discusses the “economic implications and competitiveness of the motor vehicle and petroleum industries”, contains eight sentences. The last four sentences have been withheld. Of these sentences, the first contains purely factual information and is therefore not subject to paragraph 21(1)(a). The second sentence contains both opinion and fact. Accordingly, I find that paragraph 21(1)(a) applies in respect of the opinion expressed in the first 15 words in the second sentence but not in respect of the factual information provided in the remaining 18 words. The third sentence reflects an opinion and is therefore subject to paragraph 21(1)(a). The fourth sentence contains both fact and opinion, and I find that paragraph 21(1)(a) applies only in respect of the final 12 words.

#### Paragraph 47

[55] The last three sentences of paragraph 47 have been withheld. The first of these sentences contains both fact and advice, and I would apply paragraph 21(1)(a) only in respect of the opinion expressed in the final 13

des politiques d’une institution fédérale. Les documents renfermant des renseignements de nature factuelle ou statistique ou offrant une explication du contexte d’une politique ou d’une disposition législative en vigueur ne sont peut-être pas visés par ces conditions générales. Cependant, la plupart des documents internes qui analysent un problème, en commençant par identifier celui-ci, et qui proposent ensuite un certain nombre de solutions avant de terminer sur des recommandations précises au niveau des changements sont susceptibles de tomber sous le coup des alinéas 21(1)(a) ou (b).

[53] Pour refuser de communiquer les passages contestés, le ministre s’est fondé sur les deux alinéas 21(1)(a) et (b). Après examen des documents, j’arrive à la conclusion que certaines parties des passages contestés sont sujets à l’exception discrétionnaire de l’alinéa 21(1)(a). J’examinerai séparément l’applicabilité de l’alinéa 21(1)(b) aux passages contestés. L’appendice confidentiel des présents motifs reprend, pour plus de sûreté, les passages supprimés des neuf paragraphes en litige. Les parties mises en relief qui apparaissent dans l’appendice confidentiel sont les passages qui, selon la Cour, ne tombent pas sous le coup de l’alinéa 21(1)(a).

#### Le paragraphe 46

[54] Le paragraphe 46, qui examine « les incidences économiques et la compétitivité de l’industrie des véhicules automobiles et de l’industrie pétrolière », renferme huit phrases. Les quatre dernières phrases ont été effacées. La première d’entre elles ne renferme que des renseignements factuels et ne tombe donc pas sous le coup de l’alinéa 21(1)(a). La deuxième expose à la fois une opinion et un fait. Par conséquent, je suis d’avis que l’alinéa 21(1)(a) s’applique à l’opinion exprimée dans les 15 premiers mots de la seconde phrase, mais non à l’information factuelle apparaissant dans les 18 mots restants. La troisième phrase, qui constitue un avis, est donc sujette à l’alinéa 21(1)(a). La quatrième phrase renferme à la fois un fait et une opinion, et je suis d’avis que l’alinéa 21(1)(a) ne s’applique qu’aux 12 derniers mots.

#### Le paragraphe 47

[55] Les trois dernières phrases du paragraphe 47 ont été effacées. La première de ces phrases contient à la fois un fait et un avis, et j’appliquerais l’alinéa 21(1)(a) uniquement à l’avis exprimé dans les 13 derniers mots.

words. The second sentence in dispute contains purely factual information to which paragraph 21(1)(a) does not apply. I am satisfied that the third sentence consists entirely of opinion on a policy issue and is therefore subject to paragraph 21(1)(a).

#### Paragraph 66

[56] The Minister refused to disclose both sentences in paragraph 66, which discusses a disadvantage of the “national approach” option. The second sentence has been withheld on the basis of the solicitor-client privilege exemption under section 23 of the Access Act. The Commissioner does not take issue with the Minister’s refusal to disclose the second sentence. It is not clear from the material whether section 23 has also been invoked in respect of the first sentence. In any event, the Minister claims the first sentence is exempt under paragraphs 21(1)(a) and (b).

[57] The first sentence of paragraph 66 contains purely factual information. Moreover, it is almost identical to the statement already released in paragraph 36 of the analysis section. The Minister cannot rely on paragraph 21(1)(a) to refuse disclosure of the first sentence. Any claim to withhold the first sentence on the basis of section 23 must also fail because solicitor-client privilege does not apply to information which has already been disclosed.

#### Paragraph 84

[58] The Minister refused to disclose the second sentence in paragraph 84, which discusses a disadvantage of the option to “Harmonize motor vehicle emissions standards with U.S. Federal Standards (without removing MMT)” (Option 3). I am not satisfied that this sentence constitutes “advice or recommendations” within the meaning of paragraph 21(1)(a).

#### Paragraph 87

[59] The Minister refused to disclose all three sentences in paragraph 87, which continues the discussion of

La deuxième phrase en litige ne contient que des renseignements factuels, auxquels l’alinéa 21(1)a ne s’applique pas. Selon moi, la troisième phrase exprime intégralement une opinion sur une question de principe et elle est donc sujette à l’alinéa 21(1)a.

#### Le paragraphe 66

[56] Le ministre a refusé de communiquer les deux phrases du paragraphe 66, où il est question d’un inconvénient de l’option « approche nationale ». La deuxième phrase a été effacée en vertu de l’article 23 de la Loi sur l’accès, qui prévoit une exception pour les renseignements protégés par le secret professionnel liant un avocat à son client. Le commissaire ne conteste pas le refus du ministre de communiquer la seconde phrase. On ne sait pas, au vu du document, si l’article 23 a également été invoqué pour la première phrase. En tout état de cause, le ministre dit que la première phrase est visée par l’exception des alinéas 21(1)a) et b).

[57] La première phrase du paragraphe 66 renferme des renseignements purement factuels. Par ailleurs, elle est presque identique à l’énoncé déjà communiqué qui est contenu dans le paragraphe 36 de la section « analyse ». Le ministre ne peut pas invoquer l’alinéa 21(1)a) pour refuser la communication de la première phrase. Il ne saurait prétendre non plus refuser la communication de la première phrase en invoquant l’article 23, parce que le privilège du secret professionnel de l’avocat ne s’applique pas aux renseignements qui ont déjà été communiqués.

#### Le paragraphe 84

[58] Le ministre a refusé de communiquer la seconde phrase du paragraphe 84, où il est question d’un inconvénient de l’option consistant à « aligner les normes d’émissions des véhicules automobiles sur les normes fédérales des États-Unis (sans suppression du MMT) » (option 3). Je ne suis pas convaincu que cette phrase constitue des « avis ou recommandations » au sens de l’alinéa 21(1)a).

#### Le paragraphe 87

[59] Le ministre a refusé de communiquer les trois phrases du paragraphe 87, où sont encore analysés les

disadvantages of Option 3. The information contained in the first two sentences, while somewhat speculative, is largely factual. Accordingly, I cannot conclude that the first two sentences are exempt under paragraph 21(1)(a). The third sentence, however, consists of opinion and is exempt under paragraph 21(1)(a).

#### Paragraph 89

[60] The Minister refused to disclose both sentences in paragraph 89, which is also part of the section describing disadvantages of Option 3. The first 11 words clearly constitute advice within the meaning of paragraph 21(1)(a); however, the remaining text in paragraph 89 consists of factual information. While the last 11 words in the first sentence appear to form the basis of the advice expressed in the opening words of the sentence, I am satisfied that severance is appropriate in this situation. Therefore, only the first 11 words of paragraph 89 are exempt under paragraph 21(1)(a).

#### Paragraph 94

[61] Paragraph 94, the last sentence of which has been withheld by the Minister, begins the discussion of disadvantages of the “Excise Tax Option” (Option 4). The withheld text contains information that is entirely speculative in nature. It is characterized more accurately, in my view, as explanatory than as an opinion on a policy matter. I am not satisfied that it constitutes “advice or recommendations” within the meaning of paragraph 21(1)(a).

#### Paragraph 95

[62] Paragraph 95, which consists of two sentences, continues the discussion of Option 4’s disadvantages. The Minister has refused to disclose paragraph 95 in its entirety. It is clear from a reading of the first sentence that it is normative and expresses an opinion on the appropriateness of Option 4. It is therefore exempt under paragraph 21(1)(a). The second sentence, however, is entirely factual in nature and is not subject to paragraph 21(1)(a).

inconvéniens de l’option 3. Les renseignements contenus dans les deux premières phrases, encore qu’assez hypothétiques, sont surtout factuels. Il m’est donc impossible de dire que les deux premières phrases sont visées par l’exception de l’alinéa 21(1)a). La troisième phrase, cependant, expose une opinion et elle bénéficie donc de l’exception de l’alinéa 21(1)a).

#### Le paragraphe 89

[60] Le ministre a refusé de communiquer les deux phrases du paragraphe 89, qui fait lui aussi partie de la section décrivant les inconvénients de l’option 3. Les 11 premiers mots constituent manifestement un avis au sens de l’alinéa 21(1)a); cependant, le reste du paragraphe 89 expose des renseignements factuels. Les 11 derniers mots de la première phrase semblent constituer le fondement de l’avis exprimé dans les mots liminaires de la phrase, mais je suis d’avis qu’un prélèvement s’impose ici. Par conséquent, seuls les 11 premiers mots du paragraphe 89 sont assujettis à l’exception de l’alinéa 21(1)a).

#### Le paragraphe 94

[61] Le paragraphe 94, dont le ministre a refusé de communiquer la dernière phrase, débute l’examen des inconvénients de l’« option de la taxe d’accise » (option 4). Le texte effacé renferme des renseignements qui sont de nature totalement hypothétique. Il s’agirait plus exactement, selon moi, d’une note explicative et non d’un avis sur une question de principe. Je ne suis pas persuadé que ce soit là des « avis ou recommandations » au sens de l’alinéa 21(1)a).

#### Le paragraphe 95

[62] Le paragraphe 95, qui comprend deux phrases, poursuit l’analyse des inconvénients de l’option 4. Le ministre a refusé de communiquer le paragraphe 95 dans son intégralité. Il ressort clairement d’une lecture de la première phrase que cette phrase est normative et qu’elle exprime un avis sur l’à-propos de l’option 4. Elle est donc visée par l’exception de l’alinéa 21(1)a). Cependant, la deuxième phrase est de nature entièrement factuelle et n’est pas assujettie à l’exception de l’alinéa 21(1)a).

Paragraphe 106

[63] Paragraphe 106, which contains two sentences and has been withheld in its entirety, discusses a disadvantage of the “Market-Based (Do-Nothing) Approach”. I am satisfied that both sentences consist of advice within the meaning of paragraph 21(1)(a).

Issue No. 1: Are the disputed passages exempt from disclosure?

(c) “Account of consultations or deliberations”:  
paragraph 21(1)(b)

[64] There has been relatively little judicial consideration of paragraph 21(1)(b). I am, however, guided by the interpretive comments provided by Martineau J. in *Newfoundland Power Inc. v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, 2002 FCT 692, at paragraph 5:

I consider that the analysis of various strategic or legal alternatives, and any recommendation made by managers or employees of the defendant regarding the position the latter should take on a taxpayer’s notice of objection, are clearly covered by paragraph 21(1)(b) of the Act.

[65] Also noteworthy is the interpretation provided in Chapter 2-8 “Specific Exemptions” of the *Treasury Board Manual: Access to Information Policy and Guidelines*. Before reviewing its content, the admissibility and use of the manual must be addressed. As stated by R. Sullivan in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 2002) at pages 505-506:

It is well established that administrative interpretation may be relied on by courts to assist in determining the meaning or effect of legislation. However, the opinion of administrative interpreters is not binding on the courts. Except in so far as they are empowered to do so by statute, administrators can neither make law (that is the job of the legislature) nor determine its true meaning (that is the job of the courts). All they can do is offer an opinion that is more or less persuasive.

*The Treasury Board Manual* provides the following discussion of paragraph 21(1)(b):

Le paragraphe 106

[63] Le paragraphe 106, qui contient deux phrases et dont le ministre a refusé intégralement la communication, parle d’un inconvénient de l’« approche fondée sur le marché (ne pas agir) ». Je suis d’avis que les deux phrases exposent des avis au sens de l’alinéa 21(1)a).

Point n° 1 : Les passages contestés sont-ils soustraits à la communication?

c) « Comptes rendus de consultations ou délibérations » : alinéa 21(1)b)

[64] Il y a relativement peu de jurisprudence sur l’alinéa 21(1)b). Je me guide cependant sur les commentaires interprétatifs faits par le juge Martineau dans la décision *Newfoundland Power Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2002 CFPI 692, au paragraphe 5 :

Je suis d’avis que l’analyse de différentes alternatives d’ordre stratégique ou légal, ainsi que toute recommandation émanant de cadres ou d’employés du défendeur relativement à la position que devrait prendre celui-ci à l’égard d’un avis d’opposition d’un contribuable sont clairement visées par l’alinéa 21(1)b) de la Loi.

[65] Il convient de signaler aussi l’interprétation donnée dans le chapitre 2-8 « Exceptions particulières » du *Guide du Conseil du Trésor si Politiques et lignes directrices en matière d’accès à l’information*. Avant d’examiner le contenu du guide, il faut savoir s’il est recevable comme preuve et comment l’utiliser. Ainsi que l’écrivait R. Sullivan dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (Toronto : Butterworths, 2002), aux pages 505 et 506 :

[TRADUCTION] Il est bien établi que les tribunaux peuvent se fonder sur une interprétation administrative pour déterminer la signification ou l’effet d’un texte législatif. Cependant, l’opinion des auteurs de l’interprétation administrative ne lie pas les tribunaux. Sauf dans la mesure où ils sont habilités à le faire par la loi, les administrateurs ne peuvent pas légiférer (c’est le travail du Parlement) ni déterminer le sens véritable de la loi (c’est le travail des tribunaux). Tout ce qu’ils peuvent faire, c’est offrir un avis qui est plus ou moins persuasif.

Le *Guide du Conseil du Trésor* renferme les commentaires suivants sur l’alinéa 21(1)b) :

This provision has certain key components. The first is the term “account”. As this term is not defined in the Act, it is given its ordinary meaning as a “particular statement or narrative of an event or thing; a relation, report or description”. The term “account” encompasses an exchange of views.

...

It is important in this context, however, to bear in mind that the existence of an account is not sufficient. It must be an account of “consultations or deliberations”. As these words are not defined for the purposes of the *Access to Information Act*, they would be given their ordinary and usual meaning. “Consultation” is defined as “the action of consulting or taking counsel together; . . .” The term “consult” is defined as “to ask advice of, seek counsel from; to have recourse to for instruction or professional advice. . . .” “Deliberation” is defined as “. . . careful consideration with a view to decision or the consideration and discussion of the reasons for and against a measure by a number of councillors”.

Based on these definitions, only that information describing the advice provided, the consultations undertaken or the exchange of views leading to a particular decision would qualify as an account exemptible under paragraph 21(1)(b). [Emphasis added.]

[66] I agree that the terms “account”, “consultation” and “deliberations” should be given their ordinary and usual meaning as reflected in the *Treasury Board Manual*.

[67] It follows from the definitions above that factual information must generally be excluded from the scope of paragraph 21(1)(b). Accordingly, I conclude that the portions of the disputed passages that I have identified above in my analysis of paragraph 21(1)(a) as containing largely factual information are not exempt under paragraph 21(1)(b).

[68] In the context of a memorandum to Cabinet, it is apparent that there may be considerable overlap between the scope of records covered by each of paragraphs 21(1)(a) and (b). This overlap flows from the consultative nature of the memorandum, which has been prepared by the staff of a government institution or a minister of the Crown. In the specific context of the analysis section, I am satisfied that the portions of the

Cette disposition comprend plusieurs éléments clés. Le premier est le terme « compte rendu ». Comme ce terme n'est pas défini dans la Loi, il faut lui donner son sens habituel, soit « un exposé ou un récit d'un événement ou d'un fait, un rapport, une relation ou une description ». Ce terme implique plus qu'un échange d'opinions.

[. . .]

Il est important de ne pas oublier que l'exception prévue par cette disposition de la Loi ne s'applique pas à n'importe quel genre de compte rendu : il doit s'agir d'un compte rendu de « consultations ou délibérations ». Comme ces termes ne sont pas définis dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information*, ils doivent être pris dans leur sens habituel. Le terme « consultation » se définit comme « l'action de prendre avis ». Le verbe « consulter » signifie « demander avis, conseil à quelqu'un; avoir recours à quelqu'un pour obtenir une directive ou un avis professionnel [. . .] » La « délibération » est « l'action de discuter avec d'autres personnes en vue d'une décision à prendre; l'analyse du pour et du contre d'une mesure à prendre par les membres d'un conseil ».

Selon ces définitions, seuls les renseignements décrivant l'avis donné, les consultations entreprises ou l'échange d'idées conduisant à une décision particulière constituent un compte rendu pouvant faire l'objet d'une exception en vertu de l'alinéa 21(1)b. [Non souligné dans l'original.]

[66] J'admets que les mots « compte rendu », « consultations » et « délibérations » devraient recevoir leur sens ordinaire et habituel ainsi qu'on peut le lire dans le *Guide du Conseil du Trésor*.

[67] Il découle des définitions ci-dessus que les renseignements factuels devront en général être exclus du champ de l'alinéa 21(1)b. J'arrive donc à la conclusion que les parties des passages contestés dont j'ai dit ci-dessus, dans mon analyse de l'alinéa 21(1)a, qu'elles renfermaient des renseignements surtout factuels ne sont pas visées par l'exception de l'alinéa 21(1)b.

[68] S'agissant d'un mémoire au Cabinet, il est évident que les types de documents visés par chacun des alinéas 21(1)a) et b) risquent de présenter souvent des similitudes. Ces similitudes découlent de la nature consultative du mémoire, lequel a été rédigé par le personnel d'une institution fédérale ou d'un ministre de la Couronne. Pour ce qui touche en particulier la section « analyse », je suis d'avis que les parties des passages

disputed passages that I have identified as falling within the scope of paragraph 21(1)(a) are also exempt under paragraph 21(1)(b).

[69] I therefore conclude that paragraphs 21(1)(a) and (b) of the Access Act apply in respect of the disputed passages to the extent set out in Appendix A to these reasons.

Issue No. 2: If exempt, did the Minister lawfully exercise his discretion to refuse to disclose the disputed passages?

[70] The Commissioner argues that the Minister improperly exercised the discretion to refuse the release of the disputed passages. The parties have confidentially filed material to assist the Court in reviewing the Minister's exercise of discretion. As noted above, the Minister bears the burden of satisfying this Court that the exercise of discretion was reasonable.

[71] The general thrust of the Commissioner's argument is that the Minister's discretion was unreasonably exercised because the Minister refused to release passages containing the same information found in portions of the released material. The Commissioner further argues that the Minister failed to exercise his discretion in accordance with the principle cited by the Federal Court of Appeal in *Rubin v. Canada (Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265, at page 274:

Accordingly, it is incumbent upon the institutional head (or his delegate) to have regard to the policy and object of the *Access to Information Act* when exercising the discretion conferred by Parliament pursuant to the provisions of subsection 21(1). When it is remembered that subsection 4(1) of the Act confers upon every Canadian citizen and permanent resident of Canada a general right to access and that the exemptions to that general rule must be limited and specific, I think it clear that Parliament intended the exemptions to be interpreted strictly. [Footnote omitted.]

[72] The Commissioner has referred the Court to several passages within the released portion of the

contestés dont j'ai dit qu'elles entraient dans le champ de l'exception prévue par l'alinéa 21(1)a) sont également assujetties à l'exception prévue par l'alinéa 21(1)b).

[69] J'arrive donc à la conclusion que les alinéas 21(1)a) et b) de la Loi sur l'accès s'appliquent aux passages contestés dans la mesure indiquée à l'appendice A des présents motifs.

Point n° 2 : Dans l'affirmative, le ministre a-t-il légalement exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des passages contestés?

[70] Le commissaire fait valoir que le ministre a irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication des passages contestés. Les parties ont déposé des documents confidentiels censés aider la Cour à examiner la manière dont le ministre a exercé son pouvoir. Comme je l'ai dit plus haut, c'est au ministre qu'il appartient de convaincre la Cour qu'il a exercé son pouvoir d'une manière raisonnable.

[71] L'essentiel de l'argument du commissaire est que le pouvoir discrétionnaire du ministre a été exercé d'une manière déraisonnable parce que le ministre a refusé de communiquer des passages contenant les mêmes renseignements que ceux qui se trouvaient dans certaines parties des documents communiqués. Le commissaire fait aussi valoir que le ministre n'a pas exercé son pouvoir d'une manière conforme au principe énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265, à la page 274 :

En conséquence, il incombe au responsable d'une institution (ou à son délégué) de tenir compte de la politique et de l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il tient du législateur en vertu du paragraphe 21(1). Lorsqu'on se rappelle que le paragraphe 4(1) de la Loi confère aux citoyens canadiens et aux résidents permanents un droit général d'accès et que les exceptions à cette règle doivent être précises et limitées, le législateur a, à mon avis, clairement voulu que les exceptions fassent l'objet d'une interprétation stricte. [Note de bas de page omise.]

[72] Le commissaire a renvoyé la Cour à plusieurs passages de la partie communiquée de la section

analysis section, which, in his submission, closely parallel information withheld by the Minister. The Court has already concluded that paragraphs 21(1)(a) and (b) do not apply to many of the disputed passages identified by the Commissioner. Of those that do not, I do not find that there is substantial similarity between these passages and the portions of the disputed passages exempt under paragraphs 21(1)(a) and (b). The exempted portions contain advice, while the passages to which the Commissioner has referred the Court consist of largely factual information.

[73] It is apparent from the record that the Minister's refusal to release the disputed passages was primarily because the MMT issue remained an active policy file for the government. In a letter to the Commissioner dated February 20, 2004, the Deputy Minister stated:

The MMT issue continues to be in the public forum and has policy implications for the Government of Canada. The Minister of the Environment is now charting a course forward towards the establishment of a third-party independent review. The findings of that review will help determine if subsequent federal action on MMT is warranted. Given the continued activity on this file, we have determined that the release of additional information in the document could affect the Government's decision-making process and compromise future federal action.

[74] Earlier, the Deputy Minister wrote to the Commissioner in a letter dated September 8, 2003:

MMT continues to be an active file for the Government of Canada. The exemptions applied to the document are required to allow for the preservation of a full and frank flow of interchange among public officials participating in the decision making process. If this advice were to become public, the integrity of the Government's decision making process could be compromised.

[75] A review of the confidentially filed material does not disclose any further reasons for the Minister's refusal to release the disputed passages. In conducting the requisite balancing of interests for and against disclosure, the Minister's designate considered the "active" status of the MMT file as the overriding factor

« analyse », passages qui, selon lui, correspondent étroitement aux renseignements que le ministre a refusé de communiquer. La Cour a déjà conclu que les alinéas 21(1)a) et b) ne s'appliquent pas à nombre des passages contestés qui ont été recensés par le commissaire. Pour les passages auxquels ils ne s'appliquent pas, je n'estime pas qu'il y ait une similitude appréciable entre eux et les parties des passages contestés qui échappent à la communication selon les alinéas 21(1)a) et b). Les parties visées par une exception contiennent des avis, tandis que les passages auxquels le commissaire a renvoyé la Cour exposent des renseignements surtout factuels.

[73] Il appert du dossier que le refus du ministre de communiquer les passages contestés s'expliquait principalement par le fait que la question du MMT demeurerait pour le gouvernement un dossier actif. Dans une lettre adressée au commissaire le 20 février 2004, le sous-ministre écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] La question du MMT demeure une question d'actualité qui présente pour le gouvernement du Canada des incidences de nature politique. Le ministre de l'Environnement établit aujourd'hui une feuille de route pour qu'un tiers procède à un examen impartial de la question. Les conclusions de cet examen permettront de dire si la question du MMT justifie de nouvelles mesures fédérales. Vu que ce dossier demeure d'actualité, nous avons estimé que la communication de renseignements additionnels figurant dans le document pourrait nuire au processus décisionnel du gouvernement et compromettre les mesures fédérales futures.

[74] Plus tôt, le sous-ministre avait écrit ce qui suit au commissaire dans une lettre datée du 8 septembre 2003 :

[TRADUCTION] Le MMT demeure un dossier d'actualité pour le gouvernement du Canada. Les exceptions appliquées au document sont nécessaires pour la préservation d'un dialogue complet et franc entre les fonctionnaires qui participent au processus décisionnel. Si tels avis devaient devenir publics, l'intégrité du processus décisionnel du gouvernement pourrait être compromise.

[75] L'examen des documents déposés à titre confidentiel ne révèle pas d'autres motifs quant au refus du ministre de communiquer les passages contestés. Lorsqu'il a procédé, comme il devait le faire, à la mise en balance des intérêts qui militaient pour leur communication et de ceux qui militaient contre leur

in refusing disclosure.

[76] The case law addresses the need for the Minister to consider the public interest for and against disclosure and weigh these competing interests with the purposes of the Act in mind. Also, the *Treasury Board Manual* directs that discretion to release records under section 21 requires considering “whether or not disclosure of the information will result in injury or harm to the processes for providing advice or recommendations or carrying on consultations and deliberations.” The Supreme Court of Canada has confirmed the common-law principle that the public interest in disclosure must be weighed against the public interest in retaining confidentiality—even in the context of Cabinet confidences: *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 22, 28.

[77] The Court of Appeal provided in *Telezone*, at paragraph 51, the following guidance on the purposes to be considered by the Minister in interpreting section 21:

In addition, the exemption must be interpreted in light of its purposes, namely, removing impediments to the free and frank flow of communications within government departments, and ensuring that the decision-making process is not subject to the kind of intense outside scrutiny that would undermine the ability of government to discharge its essential functions: *Canadian Council of Christian Charities, supra*, at paragraphs 30-32.

[78] The competing public interest in disclosure was described by Evans J., as he then was, in *Canadian Council of Christian Charities*, at paragraph 32:

On the other hand, of course, democratic principles require that the public, and this often means the representatives of sectional interests, are enabled to participate as widely as possible in influencing policy development. Without a degree of openness on the part of government about its thinking on public policy issues, and without access to relevant information in the possession of government, the effectiveness

communication, le représentant du ministre a estimé qu'un refus de communication s'imposait, principalement parce que le dossier du MMT restait une question d'actualité.

[76] Il existe une jurisprudence sur la nécessité pour le ministre de considérer s'il est ou non dans l'intérêt public qu'un document soit communiqué et de mettre en balance les intérêts rivaux en présence, en gardant à l'esprit les objets de la Loi. Le *Guide du Conseil du Trésor* précise aussi que le pouvoir de communiquer ou non des documents en application de l'article 21 requiert de se demander « si la communication de ces renseignements risque de nuire aux démarches engagées pour donner des avis, formuler des recommandations ou mener des consultations et des délibérations ». La Cour suprême du Canada a confirmé le principe de common law selon lequel l'intérêt public dans la communication doit être mis en balance avec l'intérêt public dans la préservation de la confidentialité—même s'il s'agit de documents confidentiels du Cabinet : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 22 et 28.

[77] La Cour d'appel a donné, dans l'arrêt *Telezone*, au paragraphe 51, les indications suivantes sur les objets dont doit tenir compte le ministre dans l'interprétation de l'article 21 :

De plus, il faut interpréter l'exception en tenant compte de l'objectif visé, savoir supprimer les obstacles aux communications libres et spontanées entre les ministères et assurer que le processus décisionnel ne fasse pas l'objet d'un examen extérieur approfondi, susceptible de miner la capacité du gouvernement de s'acquitter de ses fonctions essentielles : *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes*, aux paragraphes 30 à 32.

[78] L'intérêt public rival dans la communication a été décrit par le juge Evans, aujourd'hui juge à la Cour d'appel fédérale, dans la décision *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes*, au paragraphe 32 :

Par ailleurs, bien entendu, les principes démocratiques exigent que le public, et cela signifie souvent les représentants de différents groupes d'intérêts, soit en mesure de participer aussi pleinement que possible à l'élaboration des politiques en exerçant une certaine influence. Sans un certain degré d'ouverture de la part du gouvernement au sujet de sa réflexion sur les questions d'intérêt public, et sans accès aux

of public participation will inevitably be curbed.

[79] The confidential cross-examination of the Deputy Minister does not provide any rationale for non-disclosure in relation to the public interest except for the publicly stated reason that the records were not being disclosed because MMT is an active file. There is no indication that the Deputy Minister was aware of the case law governing the interpretation and application of section 21, and it is unclear whether she appreciated the principles relevant to her exercise of discretion. The Deputy Minister must consider whether disclosure is possible without impairing the effectiveness of government.

[80] The Court of Appeal in *Telezone*, stated the following, at paragraph 112 concerning the sufficiency of reasons:

The question here is whether the reasons provide a sufficient explanation for the refusal to disclose so as to enable the Court to perform its reviewing function, or reveal that the Minister's discretion to withhold documents exempted under paragraph 21(1)(a) was not exercised according to law.

The provision of reasons also promotes transparency and accountability in administrative decision-making. As Estey J. stated in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 706:

This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal and if taken, the opportunity in the reviewing or appellate tribunal of a full hearing which may well be denied where the basis of the decision has not been disclosed.

[81] In scrutinizing the Minister's "weighing" process on a standard of reasonableness, I find that there are insufficient reasons provided in support of the Minister's refusal to disclose. In my view, the Deputy

renseignements pertinents qui sont en possession du gouvernement, l'efficacité de la participation du public sera inévitablement réduite.

[79] Le contre-interrogatoire confidentiel du sous-ministre ne fait ressortir aucune justification pour la non-communication au regard de l'intérêt public, si ce n'est la raison exprimée publiquement selon laquelle les documents n'étaient pas communiqués parce que le MMT demeurerait un dossier d'actualité. Il n'est pas établi que le sous-ministre était au fait de la jurisprudence régissant l'interprétation et l'application de l'article 21, et l'on ne sait pas s'il a tenu compte des principes applicables à l'exercice de son pouvoir. Le sous-ministre doit se demander si la communication est possible sans que cela nuise à l'efficacité du gouvernement.

[80] Dans l'arrêt *Telezone*, la Cour d'appel écrivait ce qui suit, au paragraphe 112, à propos du caractère suffisant des motifs invoqués :

La question qui se pose est de savoir si les motifs fournissaient une explication suffisante au refus de communiquer permettant ainsi à la Cour d'effectuer une révision ou s'ils révèlent que le ministre n'a pas exercé conformément à la loi son pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer les documents visés par l'exception prévue à l'alinéa 21(1)a).

Le fait d'exposer des motifs favorise aussi la transparence et la responsabilité dans les décisions administratives. Ainsi que l'écrivait le juge Estey dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 706 :

Cette obligation est salutaire : elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermir la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel et, le cas échéant, au tribunal siégeant en révision ou en appel d'accorder une audition complète, qui serait peut-être inaccessible si les motifs de la décision n'étaient pas révélés.

[81] Si j'examine selon la norme de la décision raisonnable la manière dont le ministre a procédé à la mise en balance des intérêts considérés, je suis d'avis que le refus du ministre de communiquer les documents

Minister's analysis was somewhat capricious. Portions continued to be released even after the Deputy Minister determined disclosure would impair government action despite no appreciable change in circumstances. As well, much of what the Deputy Minister withheld based on impairment concerns do not, in this analysis, fall under section 21 in any event.

[82] I have not been referred to any evidence—public or confidential—that supports the Minister's conclusion that the release of the disputed passages would compromise future government action on the MMT issue. The government has already released virtually all of the analysis section. The analysis contains 106 paragraphs. Only parts of nine paragraphs have been redacted. The released text includes the details of the five options considered by Cabinet. The Minister's refusal to release the disputed passages on the basis of paragraphs 21(1)(a) and (b), which therefore cannot be said to withstand a probing examination, is unreasonable in the circumstances.

## CONCLUSION

[83] Based on the foregoing, I would allow the application for review. Section 49 of the Access Act requires that the Court order the institutional head to disclose to the requester the portion of records for which there is no authority to refuse disclosure. Accordingly, I order the Minister to disclose to Ethyl the following portions of the disputed passages which are not subject to the section 21 discretionary exemptions:

1. in paragraph 46: the entire first sentence, the last 18 words in the second sentence, and the first 11 words in the fourth sentence;
2. in paragraph 47: the first ten words in the first sentence, and the entire second sentence;
3. the first sentence of paragraph 66;

ne reposait pas sur des motifs suffisants. Selon moi, l'analyse faite par le sous-ministre fut quelque peu arbitraire. Certaines parties des documents ont continué d'être communiquées après même que le sous-ministre eut estimé que cette communication porterait atteinte à l'action gouvernementale, et cela bien que les circonstances fussent demeurées pratiquement inchangées. D'ailleurs, en tout état de cause, nombre des passages que le sous-ministre a refusé de communiquer en invoquant une atteinte possible à l'action gouvernementale ne relèvent pas, dans cette analyse, de l'article 21.

[82] On ne m'a renvoyé à aucune preuve—publique ou confidentielle—propre à appuyer la conclusion du ministre selon laquelle la communication des passages contestés mettrait en péril l'action future du gouvernement en ce qui a trait au MMT. Le gouvernement a déjà communiqué la quasi-totalité de la section « analyse ». L'analyse contient 106 paragraphes. Seules certaines parties de neuf paragraphes ont été effacées. Le texte communiqué comprend le détail des cinq options étudiées par le Cabinet. Le refus du ministre, fondé sur les alinéas 21(1)a) et b), de communiquer les passages contestés, un refus dont on ne saurait donc dire qu'il résiste à un examen assez poussé, est déraisonnable en l'espèce.

## DISPOSITIF

[83] Eu égard à ce qui précède, j'accueille la demande de contrôle. L'article 49 de la Loi sur l'accès oblige la Cour à ordonner au responsable de l'institution dont relève le document en litige de communiquer la partie des documents dont le responsable n'avait pas le pouvoir de refuser la communication. Par conséquent, j'ordonne au ministre de communiquer à Ethyl les parties suivantes des passages contestés qui ne sont pas l'objet des exceptions discrétionnaires de l'article 21 :

1. au paragraphe 46 : l'intégralité de la première phrase, les 18 derniers mots de la deuxième phrase et les 11 premiers mots de la quatrième phrase;
2. au paragraphe 47 : les dix premiers mots de la première phrase et l'intégralité de la deuxième phrase;
3. la première phrase du paragraphe 66;

- |  |  |
|--|--|
| 4. all of paragraph 84;                                      | 4. l'intégralité du paragraphe 84;                               |
| 5. the first two sentences in paragraph 87;                  | 5. les deux premières phrases du paragraphe 87;                  |
| 6. in paragraph 89, the last 11 words in the first sentence; | 6. au paragraphe 89, les 11 derniers mots de la première phrase; |
| 7. all of paragraph 94; and                                  | 7. l'intégralité du paragraphe 94;                               |
| 8. the second sentence in paragraph 95.                      | 8. la deuxième phrase du paragraphe 95.                          |

[84] The remaining portions of the disputed passages to which paragraphs 21(1)(a) and (b) apply are returned to the Minister to redetermine with reasons whether disclosure to Ethyl is warranted in the circumstances having regard to the public interest in favour of releasing information and in protecting the internal processes necessary for effective government.

[84] Les parties restantes des passages contestés auxquelles s'appliquent les alinéas 21(1)a) et b) sont retournées au ministre pour qu'il décide à nouveau, motifs à l'appui, si leur communication à Ethyl est en l'occurrence justifiée, compte tenu de l'intérêt public dans la communication de l'information et dans la protection des processus internes requis pour une action gouvernementale efficace.

#### COSTS

[85] Both parties have asked for costs. Subsection 53(1) of the Access Act provides that costs shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise. The Commissioner's submissions to the Court were largely focussed on the issue of the interplay between sections 21 and 69 of the Access Act. These arguments were substantially without merit. This will be reflected in an order that each party bear its own costs.

#### LES DÉPENS

[85] Les deux parties ont sollicité des dépens. Le paragraphe 53(1) de la Loi sur l'accès prévoit que les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal. Les conclusions exposées par le commissaire devant la Cour portaient principalement sur la question de l'interaction des articles 21 et 69 de la Loi sur l'accès. Ces arguments étaient pour l'essentiel dépourvus de bien-fondé. Il en sera tenu compte dans une ordonnance obligeant chacune des parties à supporter ses propres dépens.

#### JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES AND DECLARES that:

1. The Minister must disclose to Ethyl the following portions of the disputed passages and the corresponding French text:
  - a) in paragraph 46: the entire first sentence, the last 18 words in the second sentence, and the first 11 words in the fourth sentence;
  - b) in paragraph 47: the first ten words in the first sentence, and the entire second sentence;
  - c) the first sentence of paragraph 66;

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. Le ministre doit communiquer à Ethyl les parties suivantes des passages contestés, ainsi que le texte français correspondant :
  - a) au paragraphe 46 : l'intégralité de la première phrase, les 18 derniers mots de la deuxième phrase et les 11 premiers mots de la quatrième phrase;
  - b) au paragraphe 47 : les dix premiers mots de la première phrase et l'intégralité de la deuxième phrase;
  - c) la première phrase du paragraphe 66;

- d) all of paragraph 84;  
 e) the first two sentences in paragraph 87;  
 f) in paragraph 89, the last 11 words in the first sentence;  
 g) all of paragraph 94; and  
 h) the second sentence in paragraph 95;

- d) l'intégralité du paragraphe 84;  
 e) les deux premières phrases du paragraphe 87;  
 f) au paragraphe 89, les 11 derniers mots de la première phrase;  
 g) l'intégralité du paragraphe 94;  
 h) la deuxième phrase du paragraphe 95.

2. The following portions of the disputed passages are returned to the Minister for a re-determination with reasons of whether disclosure to Ethyl is warranted in the circumstances having regard to the public interest in favour of releasing information and in protecting the internal processes necessary for effective government:

- a) in paragraph 46, the first 15 words in the second sentence, the third sentence, and the last 12 words in the fourth sentence;  
 b) in paragraph 47, the last 13 words in the first sentence, and the third sentence;  
 c) the third sentence in paragraph 87;  
 d) the first 11 words in paragraph 89;  
 e) the first sentence in paragraph 95; and  
 f) paragraph 106;

3. The parties shall each bear their own costs in these proceedings.

2. Les parties suivantes des passages contestés sont retournées au ministre pour qu'il décide à nouveau, motifs à l'appui, si leur communication à Ethyl est en l'occurrence justifiée, compte tenu de l'intérêt public dans la communication de l'information et dans la protection des processus internes nécessaires à une action gouvernementale efficace :

- a) au paragraphe 46, les 15 premiers mots de la deuxième phrase, la troisième phrase et les 12 derniers mots de la quatrième phrase;  
 b) au paragraphe 47, les 13 derniers mots de la première phrase et la troisième phrase;  
 c) la troisième phrase du paragraphe 87;  
 d) les 11 premiers mots du paragraphe 89;  
 e) la première phrase du paragraphe 95;  
 f) le paragraphe 106;

3. Les parties supporteront chacune leurs propres dépens dans la présente instance.

#### APPENDIX A

##### The "disputed passages" in the memorandum to Cabinet regarding MMT

#	Page (English Version)	Para.	Material (English Version)	Provision(s) relied upon	Courts' Conclusion	
					Exemption applied	Order
1	19	46	Last 4 sentences	21(1)(a) and (b)	Second sentence: first 15 words; third sentence; fourth sentence: last 12 words [21(1)(a),(b)]	Return exempt portion to Minister; release non-exempt portion to Ethyl.

2	21	47	Last 3 sentences .	21(1)(a) and (b)	First sentence: last 13 words; third sentence. [21(1)(a),(b)]	Return exempt portion to Minister; release non-exempt portion to Ethyl
3	25	66	First sentence	21(1)(a) and (b), 23	None.	Release to Ethyl.
4	27	84	Last sentence	21(1)(a) and (b)	None.	Release to Ethyl.
5	27	87	Entire paragraph (3 sentences)	21(1)(a) and (b)	Third sentence. [21(1)(a),(b)]	Return exempt portion to Minister; release non-exempt portion to Ethyl.
6	27	89	Entire paragraph (2 sentences)	21(1)(a) and (b)	First 11 words. [21(1)(a),(b)]	Return exempt portion to Minister; release non-exempt portion to Ethyl.
7	29	94	Last sentence	21(1)(a) and (b)	None.	Release to Ethyl.
8	29	95	Entire paragraph (2 sentences)	21(1)(a) and (b)	First sentence. [21(1)(a),(b)]	Return exempt portion to Minister; release non-exempt portion to Ethyl.
9	29	106	Entire paragraph (2 sentences)	21(1)(a) and (b)	Both sentences. [21(1)(a),(b)]	Return exempt portion to Minister.
	<b>TOTAL</b>		<b>19 sentences</b>			

## APPENDICE A

## Les « passages contestés » du mémoire au Cabinet relatif au MMT

#	Page (version anglaise)	Par.	Texte (version anglaise)	Disposition (s) Invoquée(s)	Conclusion de la Cour	
					Exception appliquée	Ordonnance
1	19	46	Les 4 dernières phrases	21(1)a) et b)	Deuxième phrase : les 15 premiers mots; troisième phrase; quatrième phrase : les 12 derniers mots [21(1)a),b)]	Renvoi au ministre de la partie exemptée; communication à Ethyl de la partie non exemptée.
2	21	47	Les 3 dernières phrases	21(1)a) et b)	Première phrase : les 13 derniers mots; troisième phrase. [21(1)a),b)]	Renvoi au ministre de la partie exemptée; communication à Ethyl de la partie non exemptée.
3	25	66	La première phrase	21(1)a) et b), 23	Aucune.	Communication à Ethyl.
4	27	84	La dernière phrase	21(1)a) et b)	Aucune.	Communication à Ethyl.
5	27	87	Tout le paragraphe (3 phrases)	21(1)a) et b)	Troisième phrase. [21(1)a),b)]	Renvoi au ministre de la partie exemptée; communication à Ethyl de la partie non exemptée.
6	27	89	Tout le paragraphe (2 phrases)	21(1)a) et b)	Les 11 premiers mots. [21(1)a),b)]	Renvoi au ministre de la partie exemptée; communication à Ethyl de la partie non exemptée.
7	29	94	La dernière phrase	21(1)a) et b)	Aucune.	Communication à Ethyl.

8	29	95	Tout le paragraphe (2 phrases)	21(1)a) et b)	Première phrase. [21(1)a),b)]	Renvoi au ministre de la partie exemptée; communication à Ethyl de la partie non exemptée.
9	29	106	Tout le paragraphe (2 phrases)	21(1)a) et b)	Les deux phrases. [21(1)a),b)]	Renvoi au ministre de la partie exemptée.
	<b>TOTAL</b>		<b>19 phrases</b>			

## APPENDIX B

Order of Blanchard J., April 2, 2001 [[2001] 3 F.C. 514 (T.D.)]

1. This application for judicial review is allowed with costs.
2. The four documents which both the Minister and the Privy Council Office determined as Cabinet confidences are to be returned for review by the Clerk of the Privy Council to determine:
  - (a) Whether the documents contain background explanations, analysis of problems or policy options that can be reasonably severed from the documents pursuant to section 25 of the Access Act.
  - (b) If such information is deemed severable by the Clerk of the Privy Council Office, it is hereby ordered released to the applicant.

## APPENDIX C

1. *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 [s. 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item (1)(F); 2001, c. 27, s. 202)]

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that

## APPENDICE B

Ordonnance du juge Blanchard en date du 2 avril 2001 [[2001] 3 C.F. 514 (1<sup>re</sup> inst.)]

1. Cette demande de contrôle judiciaire est accueillie, avec dépens.
2. Les quatre documents que le ministre et le Bureau du Conseil privé ont qualifiés de documents confidentiels du Cabinet doivent être retournés au greffier du Conseil privé pour qu'il les examine afin de dire :
  - a) Si les documents font état de problèmes, d'analyses ou d'options politiques qui peuvent, conformément à l'article 25 de la Loi sur l'accès, être extraits des documents sans que cela pose de problèmes sérieux;
  - b) Si le greffier du Bureau du Conseil privé juge que ces renseignements peuvent faire l'objet d'un prélèvement, alors il est ordonné que ces renseignements soient communiqués au demandeur.

## APPENDICE C

1. *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 [art. 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202)]

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

...

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

...

#### *Operations of Government*

21. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
- (b) an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown,

...

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

...

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

.

...

25. Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

[...]

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[...]

#### *Activités du gouvernement*

21. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant :

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
- b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;

[...]

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[...]

25. Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélevement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

...

[. . .]

**30.** (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

**30.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Act or a part thereof;

a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;

...

[. . .]

(3) Where the Information Commissioner is satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act, the Commissioner may initiate a complaint in respect thereof.

(3) Le Commissaire à l'information peut lui-même prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi.

...

[. . .]

**41.** Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

**41.** La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

...

[. . .]

**48.** In any proceedings before the Court arising from an application under section 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned.

**48.** Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41 ou 42, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication totale ou partielle d'un document incombe à l'institution fédérale concernée.

**49.** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**49.** La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

...

[. . .]

**53.** (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall

**53.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf

be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

...

**69.** (1) This Act does not apply to confidences of the Queen's Privy Council for Canada, including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) memoranda the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) discussion papers the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) agenda of Council or records recording deliberations or decisions of Council;

(d) records used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) records the purpose of which is to brief ministers of the Crown in relation to matters that are before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d);

(f) draft legislation; and

(g) records that contain information about the contents of any record within a class of records referred to in paragraphs (a) to (f).

(2) For the purposes of subsection (1), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(3) Subsection (1) does not apply to

(a) confidences of the Queen's Privy Council for Canada that have been in existence for more than twenty years; or

ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

[...]

**69.** (1) La présente loi ne s'applique pas aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, notamment aux :

a) notes destinées à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) ordres du jour du Conseil ou procès-verbaux de ses délibérations ou décisions;

d) documents employés en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) documents d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) avant-projets de loi ou projets de règlement;

g) documents contenant des renseignements relatifs à la teneur des documents visés aux alinéas a) à f).

(2) Pour l'application du paragraphe (1), « Conseil » s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

a) aux documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

(b) discussion papers described in paragraph (1)(b)

(i) if the decisions to which the discussion papers relate have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

b) aux documents de travail visés à l'alinéa (1)b), dans les cas où les décisions auxquelles ils se rapportent ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

## 2. *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agendum of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

## 2. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un « renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada » s'entend notamment d'un renseignement contenu dans :

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), « Conseil » s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

#### APPENDIX D

3. Bill C-43, *An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof* (1st Sess., 32nd Parl., 1st reading, July 17, 1980)

##### *Operations of Government*

**21.** (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that falls within any of the following classes:

(a) memoranda the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) discussion papers the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions, before such decisions are made;

(c) agendas of Council or records recording deliberations or decisions of Council;

(d) records used for or reflecting consultations among Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) records the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of consultations referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation before its introduction in Parliament.

(2) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information about the contents of any record within a class of records referred to in paragraphs (1)(a) to (f).

#### APPENDICE D

3. Projet de loi C-43, *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois* (1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> lecture 17 juillet 1980)

##### *Activités du gouvernement*

**21.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des documents qui entrent dans l'une des catégories suivantes :

a) notes ou mémoires destinés à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) documents de travail destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil, tant que celui-ci n'a pas pris de décision à leur sujet;

c) ordres du jour du Conseil ou procès-verbaux de ses délibérations ou décisions;

d) document employés en vue ou faisant état de consultations entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) documents d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des consultations visées à l'alinéa d);

f) avant-projets de loi tant que les projets correspondants ne sont pas déposés devant le Parlement.

(2) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements relatifs à la teneur des documents qui font partie des catégories visées aux alinéas (1)a) à f).

(3) Subsections (1) and (2) do not apply in respect of any record within a class of records referred to in paragraphs (1)(a) to (f),

(a) where disclosure of the record is authorized by the Prime Minister of Canada or a person delegated by the Prime Minister to so authorize or pursuant to guidelines established by the Prime Minister; or

(b) where a request is made under this Act for access to the record, or to a record that contains information about the contents of the record, more than twenty years after the record came into existence.

(4) For the purposes of this section, "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

**22. (1)** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a Minister of the Crown,

(b) an account of consultations or deliberations involving officials or employees of a government institution, a Minister of the Crown or the staff of a Minister of the Crown,

(c) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto, or

(d) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas aux documents qui font partie des catégories visées aux alinéas (1)a) à f) et, selon le cas :

a) dont le premier ministre du Canada ou une personne qu'il délègue à cet effet autorise la communication ou dont la communication est autorisée en vertu de directives du premier ministre;

b) dont la date est antérieure de plus de vingt ans à celle de la demande de communication des documents en question ou de documents contenant des renseignements relatifs à leur teneur.

(4) Pour l'application du présent article, « Conseil » s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

**22. (1)** Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant :

a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre de la Couronne;

b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre de la Couronne ou le personnel de celui-ci;

c) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées.

d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

A-418-05  
2006 FCA 365

A-418-05  
2006 CAF 365

**Katia Montano Covarrubias, Angel Gabriel Olvera Ramirez, Beeri Noe Olvera Montano, Asael Olvera Montano and Eliezer Ivan Olvera Montano** (*Appellants*)

**Katia Montano Covarrubias, Angel Gabriel Olvera Ramirez, Beeri Noe Olvera Montano, Asael Olvera Montano et Eliezer Ivan Olvera Montano** (*appelants*)

v.

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

c.

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

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Malone JJ.A.—Toronto, October 17; Ottawa, November 10, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Malone, J.C.A.—Toronto, 17 octobre; Ottawa, 10 novembre 2006.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons in Need of Protection — Appeal against Federal Court's decision upholding decision of pre-removal risk assessment (PRRA) officer denying appellants protected person status — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 97(1)(b)(iv) excluding from protection person whose removal would subject them personally to risk to life caused by "inability [of a claimant's country of nationality] to provide adequate health or medical care" — Appellants Mexican citizens — Male appellant diagnosed in Canada with life-threatening illness, needing medical treatment — PRRA application under IRPA, s. 160 denied, humanitarian and compassionate (H&C) grounds application pending — Meaning of phrase "inability of that country to provide adequate health or medical care" in IRPA, s. 97(1)(b)(iv) — Provision to be broadly interpreted — Onus on applicant to establish personalized risk to life not caused by country's inability to provide adequate health care — "Inability to provide adequate medical services" including situations where foreign government allocating limited public funds such that less prosperous citizens having to defray part or all of medical expenses — Exclusion should exclude persons whose claims based on evidence native country unable to provide adequate medical care for legitimate reasons, not illegitimate reasons — Federal Court not committing palpable, overriding error in upholding PRRA officer's decision — Male appellant failed to prove removal to Mexico subjecting him personally to risk to life — Certified question of whether exclusion under IRPA, s. 97(1)(b)(iv) violating Charter not answered given lack of evidentiary foundation, appellants' pending H&C application — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes à protéger — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la décision d'un agent d'examen des risques avant renvoi (agent d'ERAR) de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger — L'art. 97(1)(b)(iv) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) prévoit que ne peuvent avoir la qualité de personnes à protéger les demandeurs d'asile qui sont exposés à une menace à leur vie causée par « l'incapacité du pays [de leur nationalité] de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats » — Les appelants sont des citoyens du Mexique — On a diagnostiqué chez l'appelant une maladie qui met sa vie en danger et on lui a prescrit un traitement médical — La demande d'ERAR présentée en vertu de l'art. 160 de la LIPR a été rejetée et la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaires était en instance — Sens de l'expression « incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats » à l'art. 97(1)(b)(iv) de la LIPR — La disposition doit recevoir une interprétation large — Le demandeur doit établir que la menace à sa vie à laquelle il serait personnellement exposé ne résulte pas de l'incapacité de son pays de fournir des soins de santé adéquats — L'expression « incapacité de fournir des soins médicaux adéquats » englobe les cas dans lesquels un gouvernement étranger décide d'allouer ses fonds publics limités d'une façon qui oblige certains de ses citoyens moins bien nantis à assumer une partie de leurs frais médicaux — L'exception devrait exclure les personnes qui fondent leur demande sur des éléments de preuve tendant à démontrer que leur pays d'origine est incapable de fournir des soins médicaux adéquats pour des raisons légitimes, pas pour des raisons qui ne le sont pas — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en confirmant la décision de*

*l'agent d'ERAR — L'appelant n'a pas démontré que son renvoi au Mexique l'exposait personnellement à une menace à sa vie — La Cour a refusé de répondre à la question certifiée de savoir si l'exclusion en vertu de l'art. 97(1)b)(iv) de la LIPR contrevient à la Charte parce que les allégations ne reposaient pas sur la preuve et parce que les appelants avaient une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en instance — Appel rejeté.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal against Federal Court's decision upholding decision of pre-removal risk assessment (PRRA) officer denying appellants protected person status — Federal Court determining PRRA officer not having jurisdiction to consider constitutional issues in PRRA application — Absent explicit statutory grant, court must examine relevant factors to determine whether legislator intended to confer on tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under challenged provision — Relevant factors including: (1) PRRA officer's statutory mandate; (2) tribunal's interaction with other elements of administrative system; (3) tribunal's adjudicative nature; (4) practical considerations (ex. tribunal's capacity to consider questions of law) — Although PRRA officers making extremely important decisions, not having implied jurisdiction to consider questions of law, declare inoperative IRPA provisions when operation would result in person's Charter rights violation.*

This was an appeal against the Federal Court's decision upholding the decision of the pre-removal risk assessment officer (PRRA) who denied the appellants protected person status by reason of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), which excludes from protection a risk to life caused by the "inability [of a claimant's country of nationality] to provide adequate health or medical care." The male applicant, his wife and their three children, all Mexican citizens, claimed refugee protection based on a fear of persecution by reason of their membership in the social group of impoverished people and victims of crime. Before their hearing, the male appellant was diagnosed with end-stage renal failure and was immediately put on life-sustaining hemo-dialysis treatment, which he continues to receive. The appellants' claims for refugee protection were denied by the Immigration and Refugee Board (Board), which found that the appellants did not face a personalized risk of persecution and that state protection was available to them. As well, the Board found that the male appellant was not a person in need of protection on the basis of his medical problems. The appellants then applied for

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la décision d'un agent d'examen des risques avant renvoi (agent d'ERAR) de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger — La Cour fédérale a établi que l'agent d'ERAR n'a pas compétence pour examiner des questions constitutionnelles lorsqu'il est saisi d'une demande d'ERAR — À défaut d'une attribution expresse de pouvoir, la Cour doit prendre en considération des facteurs pertinents pour établir si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée — Les facteurs pertinents comprennent : 1) la mission que la loi confère à l'agent d'ERAR; 2) l'interaction du tribunal avec les autres composantes du régime administratif; 3) la nature juridictionnelle du tribunal; 4) des considérations pratiques (p. ex. la capacité du tribunal de se prononcer sur des questions de droit) — Même si les agents d'ERAR rendent des décisions extrêmement importantes, ils n'ont pas la compétence implicite pour examiner des questions de droit et pour déclarer inopérants des paragraphes de la LIPR dont l'application entraînerait une violation des droits garantis à une personne en vertu de la Charte.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la décision d'un agent d'examen des risques avant renvoi (agent d'ERAR) de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger par l'application du sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), qui prévoit que ne peuvent avoir la qualité de personnes à protéger les demandeurs d'asile qui sont exposés à une menace à leur vie causée par « l'incapacité du pays [de leur nationalité] de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats ». Le demandeur d'asile, sa femme et leurs trois enfants, qui sont tous des citoyens du Mexique, ont demandé l'asile en invoquant leur appartenance à un groupe social, en l'occurrence celui des personnes pauvres et des victimes de crimes. Avant la tenue de leur audience, on a diagnostiqué chez l'appelant une insuffisance rénale en phase terminale et on lui a immédiatement prescrit l'hémodialyse, un traitement médical essentiel au maintien de la vie, qu'il reçoit encore. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté la demande d'asile des appelants, ayant conclu que la preuve démontrait que les appelants n'étaient

permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds under subsection 25(1) of the IRPA and the application is still pending. In 2004, the appellants made a PRRA application pursuant to section 160 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) requesting that the PRRA officer integrate H&C considerations into the risk assessment. However, the PRRA officer rejected their application essentially because the appellants had identified only personal circumstances that are excluded from consideration under subparagraph 97(1)(b)(iv), indicating as well that H&C factors could not be considered in a risk assessment. The appellants then sought judicial review of the PRRA officer's decision.

The Federal Court certified the question of whether excluding a risk to life caused by a country's inability to provide adequate medical care to a person suffering a life-threatening illness under section 97 of the IRPA infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). The issues were: (1) whether the appellants were excluded from protection by virtue of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA; and (2) whether the PRRA officer has the jurisdiction to consider constitutional questions in a PRRA application.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) The meaning of the phrase "inability of that country to provide adequate health or medical care" in IRPA, subparagraph 97(1)(b)(iv) was meant to be broadly interpreted so that only in rare cases would the onus on the applicant be met. The applicant must establish, on the balance of probabilities, not only that there is a personalized risk to his or her life but that this was not caused by the inability of his or her country to provide adequate health care. Proof of a negative (that is, that the country is not unable to furnish medical care that is adequate for the applicant) is required. A country's political decision not to provide a certain level of health care does not necessarily mean that the country is "unwilling" to provide that health care to its nationals. Furthermore, the appellants' efforts to expand the law in section 97 so as to create a new human right to a minimum level of health care could not be accepted since the Charter does not confer on Canadians a freestanding constitutional right to health care. The words "inability to provide adequate medical services" must include situations where a foreign government decides to allocate its limited public funds in a

pas personnellement exposés au risque d'être persécutés et qu'ils pouvaient se réclamer de la protection de l'État. La Commission a également refusé de reconnaître à l'appelant la qualité de personne à protéger du fait de ses problèmes médicaux. Les appelants ont ensuite présenté depuis le Canada une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en vertu du paragraphe 25(1) de la LIPR; cette demande n'a pas encore été tranchée. En 2004, les appelants ont présenté, en vertu de l'article 160 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement), une demande d'ERAR dans laquelle ils demandaient à l'agent d'ERAR de prendre en compte des facteurs d'ordre humanitaire dans son examen des risques. Cependant, l'agent d'ERAR a rejeté leur demande pour le motif que les appelants ont évoqué seulement des circonstances personnelles qui ne peuvent être prises en considération aux termes du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) et il a ajouté qu'on ne peut pas tenir compte de motifs d'ordre humanitaire dans le cadre d'un examen des risques. Les appelants ont alors introduit une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'ERAR.

La Cour fédérale a certifié la question de savoir si l'exclusion, en vertu de l'article 97 de la LIPR, d'une menace à la vie causée par l'incapacité d'un pays de fournir des soins médicaux adéquats à une personne atteinte d'une maladie qui met sa vie en danger contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Il s'agissait de savoir si : 1) les appelants étaient exclus de la qualité de personnes à protéger par application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR; et 2) l'agent d'ERAR a compétence pour examiner des questions constitutionnelles lorsqu'il est saisi d'une demande d'ERAR.

*Arrêt* : l'appel est rejeté.

1) Le sens de l'expression « incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats » au sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR doit recevoir une interprétation large, de telle sorte que le demandeur ne pourra que rarement se décharger du fardeau qui lui incombe. Le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, non seulement qu'il serait personnellement exposé à une menace à sa vie, mais également que cette menace ne résulte pas de l'incapacité de son pays de fournir des soins de santé adéquats. Il s'agit d'une preuve négative, c'est-à-dire que le demandeur doit démontrer que son pays n'est pas incapable de fournir des soins de santé qui sont adéquats pour le demandeur. Ce n'est pas parce qu'un pays décide, pour des raisons d'ordre public, de ne pas fournir certains soins de santé qu'on doit nécessairement en conclure qu'il « n'est pas disposé » à fournir ces mêmes soins de santé à ses ressortissants. En outre, les efforts que les appelants ont déployés pour élargir la portée de l'article 97 de manière à créer un nouveau droit de la personne qui permettrait d'exiger des soins de santé minimum ne pouvaient pas être acceptés parce que la Charte ne confère

way that obliges some of its less prosperous citizens to defray part or all of their medical expenses. Without more specific language to this effect, Parliament could not have intended that the Court would have to decide that foreign governments must provide free medical services to their citizens who cannot pay for them to the detriment of other areas for which the governments are responsible. Nonetheless, the exclusion in subparagraph 97(1)(b)(iv) should not be interpreted so broadly so as to exclude any claim in respect of health care. It should exclude from protection persons whose claims are based on evidence that their native country is unable to provide adequate medical care because it chooses in good faith, for legitimate political and financial priority reasons, not to provide such care to its nationals. If an illegitimate reason for denying the care, such as persecutorial reasons, can be proved, that may suffice to avoid the operation of the exclusion.

The Court did not commit a palpable and overriding error in upholding the PRRA officer's decision that the appellant's risk to life did not fit within the protection offered by section 97 of the IRPA because the male appellant failed to meet the evidentiary burden required. The male appellant had to prove that should he be removed to Mexico, his removal would subject him personally to a danger of torture or a risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment. In establishing a risk to his life, the appellant was required to prove, on the balance of probabilities, his risk to life was factually not caused by Mexico's inability to provide the medical care he required.

(2) In determining a PRRA officer's jurisdiction to consider constitutional issues, the Federal Court held that the PRRA process is not the appropriate forum to decide complex legal issues including questions of constitutional interpretation. It relied on the Supreme Court of Canada decision in *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* wherein it was stated that it was not the legislator's intent to confer on PRRA officers an implied jurisdiction to decide constitutional questions. As well, the Supreme Court of Canada in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur* stated that an express grant of authority to consider or decide questions of law arising under a legislative provision is presumed to extend to determining

aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. L'expression « incapacité de fournir des soins médicaux adéquats » englobe les cas dans lesquels un gouvernement étranger décide d'allouer ses fonds publics limités d'une façon qui oblige certains de ses citoyens moins bien nantis à assumer une partie de leurs frais médicaux. Sans le dire explicitement, le législateur fédéral ne pouvait pas vouloir que la Cour en vienne à décider qu'un gouvernement étranger doit fournir gratuitement des services médicaux à ceux de ses citoyens qui ne peuvent pas se les payer et ce, au détriment d'autres secteurs dont ce gouvernement est chargé. Néanmoins, l'exception prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv) ne doit pas recevoir une interprétation large au point de rendre irrecevable toute demande se rapportant à des soins de santé. Cette disposition devrait empêcher de reconnaître la qualité de personnes à protéger aux personnes qui fondent leur demande sur des éléments de preuve tendant à démontrer que leur pays d'origine est incapable de fournir des soins médicaux adéquats parce qu'il a choisi de bonne foi, pour des raisons légitimes de politique et de priorités financières, de ne pas fournir de tels soins à ses ressortissants. Le demandeur qui réussit à démontrer que le refus de son pays de fournir les soins en question n'est pas légitime peut éviter de tomber sous le coup de cette exception.

La Cour n'a pas commis une erreur manifeste et dominante en confirmant la décision de l'agent d'ERAR portant que la menace à la vie à laquelle l'appelant serait exposé ne lui permettait pas de bénéficier de la protection prévue par l'article 97 de la LIPR parce que l'appelant ne s'est pas déchargé du fardeau de preuve qui lui incombait. L'appelant était tenu de démontrer qu'il serait personnellement exposé, par son renvoi au Mexique, au risque d'être soumis à la torture ou à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités. Pour établir qu'il était exposé à une menace à sa vie, l'appelant devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'en fait, la menace à sa vie n'était pas attribuable à l'incapacité du Mexique de lui fournir les soins médicaux dont il avait besoin.

2) Pour établir la compétence de l'agent d'ERAR de trancher des questions constitutionnelles, la Cour fédérale a statué que l'ERAR n'est pas le cadre qui convient pour trancher des questions complexes de droit, y compris celles touchant l'interprétation de la Constitution. Elle a invoqué la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, où la Cour a déclaré que le législateur n'avait pas l'intention de conférer aux agents d'ERAR une compétence implicite de trancher des questions constitutionnelles. De même, dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, la Cour suprême du Canada a statué que l'attribution expresse du pouvoir

the constitutional validity of that provision. Absent an explicit grant, a court must consider whether the legislator intended to confer on the tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision by examining relevant factors set out. Neither the IRPA nor the Regulations explicitly grant authority to PRRA officers to decide questions of law so it was necessary to consider the factors set out in *Martin*.

The first factor considered was the statutory mandate of a PRRA officer and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively. Although PRRA officers are required to do a risk assessment in accordance with sections 96 and 97 of the IRPA, a factually intensive exercise, PRRA officers are not required to make complex legal decisions. The second factor considered was the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system. A negative PRRA decision is of utmost importance to the person concerned as it may result in the enforcement of a removal order. There is no right of appeal of a PRRA decision in the IRPA but that decision may be judicially reviewed in the Federal Court. In considering the third factor, whether the tribunal is adjudicative in nature, a PRRA decision was found to be largely administrative. Although section 113 of the IRPA allows an applicant an oral hearing in exceptional circumstances, most decisions are made on the basis of written submissions. Finally, practical considerations were addressed, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Even though some PRRA officers are lawyers by training, it was reasonable to assume that they do not possess the expertise to carry out Charter analyses and that doing so would likely compromise the efficiency and timeliness of the PRRA process. Although PRRA officers make extremely important decisions, they do not have implied jurisdiction to consider questions of law, in particular, the implied jurisdiction to declare inoperative subsections of the IRPA when their operation would result in the violation of a person's rights under the Charter.

With respect to the certified question, the Federal Court's finding that the appellants' allegations of specific Charter

d'examiner ou de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative est présumée conférer également le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. À défaut d'une attribution expresse de pouvoir, il faut se demander si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée en examinant les facteurs pertinents. Ni la LIPR ni le Règlement ne confèrent explicitement aux agents d'ERAR le pouvoir de trancher des questions de droit et il était donc nécessaire de prendre en considération les facteurs énumérés dans l'arrêt *Martin*.

Le premier facteur qui a été examiné avait trait à la mission que la loi confie à l'agent d'ERAR et à la question de savoir s'il devait trancher des questions de droit pour pouvoir accomplir efficacement sa mission. Bien que les agents d'ERAR soient tenus de procéder à un examen des risques en conformité avec les articles 96 et 97 de la LIPR—un processus axé sur les faits—les agents d'ERAR ne sont pas appelés à rendre des décisions complexes sur des points de droit. Le deuxième facteur qui a été pris en considération est l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif. Une décision défavorable de l'agent d'ERAR revêt une importance capitale pour la personne visée puisqu'elle est susceptible d'aboutir à la mise à exécution d'une mesure de renvoi. La LIPR ne prévoit pas de droit d'appel des décisions des agents d'ERAR, sous réserve toutefois du droit du demandeur de saisir la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision le visant. Dans le cadre de l'examen du troisième facteur, soit la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle, on a conclu qu'une décision d'ERAR est principalement administrative. Bien que l'article 113 de la LIPR permette la tenue d'une audience dans des circonstances exceptionnelles, la plupart des décisions sont jugées sur dossier. Enfin, la Cour doit tenir compte de considérations pratiques, y compris la capacité du tribunal de se prononcer sur des questions de droit. Même si certains agents d'ERAR sont des avocats de formation, il était raisonnable de penser qu'ils ne possèdent pas les compétences spécialisées nécessaires pour procéder à des analyses fondées sur la Charte et que, s'ils le faisaient, ils compromettraient probablement l'efficacité du processus d'ERAR en plus d'en retarder le déroulement. Bien que les agents d'ERAR rendent des décisions extrêmement importantes, ils n'ont pas la compétence implicite pour examiner des questions de droit et ils n'ont notamment pas la compétence implicite pour déclarer inopérants des paragraphes de la LIPR dont l'application entraînerait une violation des droits garantis à une personne en vertu de la Charte.

Pour ce qui est de la question certifiée, la conclusion de la Cour fédérale portant que les allégations formulées par les

violations were without evidentiary foundation and that they had adequate alternative remedies (i.e. pending H&C application, judicial review of that decision, appeal to Minister's discretion) was correct. It would be inappropriate for the appellants to turn to the Court for relief under the Charter before exhausting their other remedies. The certified question was not answered.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bill C-11, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.
- 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. 1.
- Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 95, 96, 97, 98, 100(4), 112, 113, 114, 115, 160, 162.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 160, 161.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 323; (2004), 117 C.R.R. (2d) 239; 248 F.T.R. 114; 39 Imm. L.R. (3d) 261; 2004 FC 288; *Travers v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 505; (2006), 53 Imm. L.R. (3d) 300; 2006 FC 444; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791; (2005), 254 D.L.R. (4th) 577; 130 C.R.R. (2d) 99; 335 N.R. 25; 2005 SCC 35; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54.

##### CONSIDERED:

*Mazuryk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 257.

appelants au sujet de violations spécifiques de la Charte ne reposaient pas sur la preuve et qu'ils disposaient d'autres voies de recours appropriées (en l'occurrence la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaires en instance, le contrôle judiciaire de la décision rendue à cet égard et une demande adressée au ministre pour qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire) était correcte. Il ne conviendrait pas que les appelants s'adressent à la Cour pour obtenir une réparation fondée sur la Charte avant d'avoir épuisé leurs autres recours. La Cour a refusé de répondre à la question certifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 95, 96, 97, 98, 100(4), 112, 113, 114, 115, 160, 162.
- Projet de loi C-11, *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2001.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 160, 161.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 323; 2004 CF 288; *Travers c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 505; 2006 CF 444; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791; 2005 CSC 35; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; 2003 CSC 54.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Mazuryk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 257.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; [1989] 6 W.W.R. 351; 61 Man. R. (2d) 270; *Adviento v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 242 F.T.R. 295; 33 Imm. L.R. (3d) 13; 2003 FC 1430.

## AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. Legal Services. *Consolidated Grounds in the Immigration and Refugee Protection Act: Risk to Life or Risk of Cruel and Unusual Treatment or Punishment*. Ottawa: Immigration and Refugee Board, May 2002.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “inability”.

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 279 F.T.R. 24; 48 Imm. L.R. (3d) 186) dismissing an application for judicial review of the pre-removal risk assessment officer’s decision denying the appellants protected person status by reason of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), which excludes from protection a risk to life caused by the “inability [of a claimant’s country of nationality] to provide adequate health or medical care.” Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Geraldine Sadoway* for appellants.  
*Bridget A. O’Leary* and *Bernard Assan* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Geraldine Sadoway*, Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Adviento c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1430.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l’immigration et du statut de réfugié. Services juridiques. *Regroupement des motifs de protection dans la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés : Menace à la vie ou risque de traitements ou peines cruels et inusités*. Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié, mai 2002.

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « inability ».

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2005 CF 1193) rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agent d’examen des risques avant renvoi de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger par l’application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), qui prévoit que ne peuvent avoir la qualité de personnes à protéger les demandeurs d’asile qui sont exposés à une menace à leur vie causée par « l’incapacité du pays [de leur nationalité] de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats ». Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Geraldine Sadoway* pour les appelants.  
*Bridget A. O’Leary* et *Bernard Assan* pour l’intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Geraldine Sadoway*, Toronto, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l’intimé.

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

[1] LINDEN J.A.: This appeal raises several important issues, all of which have an effect on whether a failed refugee claimant and his family are entitled to protection under the pre-removal risk assessment (PRRA) scheme of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The male appellant, Mr. Ramirez, has a serious health condition and requires life-sustaining medical treatment which he is unable to afford in his native country (Mexico), and which he says his country will not freely provide.

[2] This is an appeal against the decision of Mosley J. of the Federal Court, dated September 1, 2005, reported as (2005), 279 F.T.R. 24, which upheld the decision of the PRRA officer, wherein he denied the appellants protected person status by reason of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA, which excludes from protection a risk to life caused by the “inability [of a claimant’s country of nationality] to provide adequate health or medical care.”

## ISSUES

[3] The following question was certified by the applications Judge [at paragraph 94]:

Does the exclusion of a risk to life caused by the inability of a country to provide adequate medical care to a person suffering a life-threatening illness under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* infringe the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice, and which cannot be justified under section 1 of the Charter?

[4] The appellants raised four additional issues:

(a) Did the applications Judge err when he upheld the PRRA officer’s decision that the appellants were excluded from protection by operation of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA?

[1] LEJUGELINDEN, J.C.A. : Le présent appel soulève plusieurs questions importantes qui ont toutes une incidence sur la réponse à la question de savoir si le mécanisme d’examen des risques avant renvoi (ERAR) prévu par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) permet de reconnaître la qualité de personnes à protéger à un demandeur d’asile et aux membres de sa famille déboutés. Le demandeur, M. Ramirez, souffre de graves problèmes de santé et il a besoin de traitements médicaux essentiels au maintien de la vie qu’il n’a pas les moyens de se payer dans son pays d’origine (le Mexique) et que, selon ce qu’il affirme, son pays ne lui fournira pas gratuitement.

[2] Le présent appel est interjeté d’une décision en date du 1<sup>er</sup> septembre 2005 (publiée à 2005 CF 1193) par laquelle le juge Mosley, de la Cour fédérale, a confirmé la décision d’un agent d’ERAR de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger par application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR, qui prévoit que ne peuvent avoir la qualité de personnes à protéger les demandeurs d’asile qui sont exposés à une menace à leur vie causée par « l’incapacité du pays [de leur nationalité] de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats ».

## QUESTIONS

[3] Le juge de première instance a certifié la question suivante [au paragraphe 94] :

L’exclusion, en vertu de l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, d’une menace à la vie causée par l’incapacité d’un pays à fournir des soins médicaux adéquats à une personne atteinte d’une maladie qui met sa vie en danger contrevient-elle à la *Charte canadienne des droits et libertés* d’une manière qui n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale et qui ne peut se justifier en application de l’article premier de la Charte?

[4] Les appelants soulèvent quatre questions supplémentaires :

a) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en confirmant la décision de l’agent d’ERAR de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger par application du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR?

(b) Did the applications Judge err when he determined that the PRRA officer does not have the jurisdiction to consider constitutional questions in a PRRA application?

(c) Did the applications Judge err when he determined that the PRRA officer does not have to consider humanitarian and compassionate (H&C) factors in a PRRA application?

(d) Did the applications Judge err when he held there was no evidentiary basis for determining whether the appellants' constitutional rights have been violated?

[5] At the appeal hearing, the appellants withdrew the third issue, namely, that the applications Judge erred when he held that a PRRA officer cannot consider H&C factors in a PRRA application. This withdrawal was premised on a change in an Immigration and Refugee Board (the Board) policy with respect to PRRA applications. The appellants have informed the Court that as of February of this year, PRRA officers in Ontario may now deal with H&C applications and PRRA applications at the same time.

[6] Before dealing with the certified question, I shall consider the other questions raised by the appellants. I begin by outlining the basic facts.

## FACTS

[7] The male appellant, his wife and their three children are citizens of Mexico who arrived in Canada in October 2001 and made a claim for refugee protection on the basis that they feared persecution by reason of their membership in the social group of impoverished people and victims of crime.

[8] In February 2002, before their claim was heard, the male appellant was diagnosed with end-stage renal failure and was immediately put on life-sustaining

b) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en estimant que l'agent d'ERAR n'a pas compétence pour examiner des questions constitutionnelles lorsqu'il est saisi d'une demande d'ERAR?

c) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en estimant que l'agent d'ERAR n'a pas à tenir compte de facteurs d'ordre humanitaire lorsqu'il est saisi d'une demande d'ERAR?

d) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que la preuve n'était pas suffisante pour décider si les droits constitutionnels des appelants avaient été violés?

[5] Lors de l'instruction de l'appel, les appelants ont retiré la troisième question, en l'occurrence celle de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que l'agent d'ERAR ne peut tenir compte de facteurs d'ordre humanitaire pour statuer sur une demande d'ERAR. Ce retrait faisait suite aux changements apportés aux politiques de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) en ce qui concerne les demandes d'ERAR. Les appelants ont en effet informé la Cour que, depuis le mois de février, les agents d'ERAR de l'Ontario peuvent examiner simultanément les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire et les demandes d'ERAR.

[6] Avant d'aborder la question certifiée, je tiens à examiner les autres questions soulevées par les appelants. Mais commençons d'abord par un rappel des faits essentiels.

## LES FAITS

[7] L'appellant, sa femme et leurs trois enfants sont citoyens du Mexique. Ils sont arrivés au Canada en octobre 2001 et ont demandé l'asile en invoquant leur appartenance à un groupe social, en l'occurrence celui des personnes pauvres et des victimes de crimes.

[8] En février 2002, avant que leur demande ne soit examinée, on a diagnostiqué chez l'appellant une insuffisance rénale en phase terminale et on lui a

hemo-dialysis treatment. He continues to receive that treatment to this day.

[9] On March 7, 2003, the Refugee Protection Division of the Board denied the appellants' claims for refugee protection. The Board found that the appellants were not Convention refugees, nor were they persons in need of protection, because evidence established that the appellants did not face a personalized risk of persecution and that state protection was available to them. The Board also found that the male appellant was not a person in need of protection on the basis of his medical problems. The Board, at page 8 of the decision, wrote:

The IRPA is clear when it states that when considering risk to life under Section 97 (1) (b), that risk cannot be caused by the inability of the country to provide adequate health or medical care. The claimants are not even alleging that health care is not available in Mexico, only that they cannot afford to pay for it. . . .

Whether or not one is sympathetic to this family because of the very serious health problems is not the point. The refugee or protected person process is not designed to address health care issues.

Humanitarian and compassionate consideration is not within the mandate of the Refugee Protection Division . . .

The appellants did not seek leave of the Federal Court to judicially review the Board's decision on the refugee status and protected person questions.

[10] The appellants subsequently made an application for permanent residence from within Canada based on H&C grounds, pursuant to subsection 25(1) of the IRPA. This H&C application is still awaiting determination.

[11] On February 26, 2004, the appellants made a PRRA application pursuant to section 160 of the

immédiatement prescrit l'hémodialyse, un traitement médical essentiel au maintien de la vie. Il reçoit toujours ces traitements.

[9] Le 7 mars 2003, la Section de la protection des réfugiés de la Commission a rejeté la demande d'asile des appelants. La Commission a refusé de reconnaître aux appelants la qualité de réfugié au sens de la Convention et celle de personnes à protéger, parce que la preuve démontrait que les appelants n'étaient pas personnellement exposés au risque d'être persécutés et qu'ils pouvaient se réclamer de la protection de l'État. La Commission a également refusé de reconnaître à l'appelant la qualité de personne à protéger du fait de ses problèmes médicaux. Voici un extrait de la décision de la Commission, à la page 8 :

[TRADUCTION] S'agissant de la menace à la vie prévue à son alinéa 97(1)b), la LIPR déclare dans les termes les plus nets qu'on ne peut tenir compte de la menace qui résulte de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats. Or, les demandeurs ne prétendent même pas qu'ils ne peuvent obtenir des soins de santé au Mexique, mais seulement qu'ils n'ont pas les moyens de les payer [ . . . ]

La question n'est pas de savoir si l'on est indifférent ou non à la situation de cette famille en raison des problèmes de santé très graves du demandeur d'asile. La procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié ou de personne à protéger n'est tout simplement pas conçue de manière à aborder les questions de soins de santé.

Au risque de déborder le cadre de son mandat, la Section de la protection des réfugiés ne saurait tenir compte de motifs d'ordre humanitaire [ . . . ]

Les appelants n'ont pas saisi la Cour fédérale d'une demande d'autorisation en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur la question de la qualité de réfugié ou de personne à protéger.

[10] Les appelants ont par la suite présenté depuis le Canada une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire (demande CH) en vertu du paragraphe 25(1) de la LIPR. Cette demande n'a pas encore été tranchée.

[11] Le 26 février 2004, les appelants ont présenté, en vertu de l'article 160 du *Règlement sur l'immigration et*

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations). In the PRRA application, the appellants requested that the PRRA officer integrate H&C considerations into the risk assessment.

[12] By letter dated May 19, 2004, the PRRA officer advised the appellants that their application had been rejected. The letter cited the following reason: “It has been determined that you would not be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to your country of nationality or habitual residence.” In the notes of the PRRA officer who assessed the application, he writes that the basis for the refusal is that the appellants had identified only personal circumstances which are excluded from consideration under subparagraph 97(1)(b)(iv). The PRRA officer’s notes also indicate that H&C factors cannot be addressed in a risk assessment.

[13] The appellants sought judicial review of the PRRA officer’s decision to the Federal Court, which dismissed the application leading to this appeal.

#### Statutory framework: refugee protection in the IRPA

[14] Paragraph 95(1)(b) of the IRPA confers “refugee protection” on a person whom the Board determines to be a Convention refugee, as defined in section 96, or a “person in need of protection”, as defined in section 97. Sections 95, 96 and 97 are as follows:

**95. (1)** Refugee protection is conferred on a person when

(a) the person has been determined to be a Convention refugee or a person in similar circumstances under a visa application and becomes a permanent resident under the visa or a temporary resident under a temporary resident permit for protection reasons;

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection; or

*la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), une demande d’ERAR dans laquelle ils demandaient à l’agent d’ERAR de prendre en compte des facteurs d’ordre humanitaire dans son examen des risques.

[12] Par lettre datée du 19 mai 2004, l’agent d’ERAR a informé les appelants que leur demande avait été rejetée pour le motif suivant : [TRADUCTION] « Nous en sommes arrivés à la conclusion que vous ne seriez pas personnellement exposés au risque d’être persécutés, d’être soumis à la torture, à une menace à votre vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités si vous retourniez dans le pays dont vous avez la nationalité ou dans lequel vous aviez votre résidence habituelle ». Dans ses notes, l’agent d’ERAR chargé d’évaluer la demande précise que la raison ayant motivé son rejet est le fait que les appelants ont évoqué seulement des circonstances personnelles qui ne peuvent être prises en considération aux termes du sous-alinéa 97(1)(b)(iv). L’agent d’ERAR ajoute dans ses notes qu’on ne peut pas tenir compte de raisons d’ordre humanitaire dans le cadre d’un examen des risques.

[13] Les appelants ont introduit une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agent d’ERAR devant la Cour fédérale, qui a rejeté leur demande, d’où le présent appel.

#### Cadre législatif : le droit d’asile prévu par la LIPR

[14] L’alinéa 95(1)(b) de la LIPR confère l’« asile » à toute personne à qui la Commission reconnaît la qualité de réfugié, au sens de l’article 96, ou celle de « personne à protéger », au sens de l’article 97. Voici le texte des articles 95, 96 et 97 :

**95. (1)** L’asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas :

a) sur constat qu’elle est, à la suite d’une demande de visa, un réfugié ou une personne en situation semblable, elle devient soit un résident permanent au titre du visa, soit un résident temporaire au titre d’un permis de séjour délivré en vue de sa protection;

b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger;

(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.

(2) A protected person is a person on whom refugee protection is conferred under subsection (1), and whose claim or application has not subsequently been deemed to be rejected under subsection 108(3), 109(3) or 114(4).

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,

(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

(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.

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection. [Emphasis added.]

[15] Once refugee protection is conferred by subsection 95(1), that person becomes a “protected

c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).

(2) Est appelée personne protégée la personne à qui l’asile est conféré et dont la demande n’est pas ensuite réputée rejetée au titre des paragraphes 108(3), 109(3) ou 114(4).

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 :

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) 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.

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n’a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s’il y a des motifs sérieux de le croire, d’être soumise à la torture au sens de l’article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d’autres personnes originaires de ce pays ou qui s’y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes—sauf celles infligées au mépris des normes internationales—et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l’incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d’une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection. [Non souligné dans l’original.]

[15] Dès lors que l’asile lui a été accordé conformément au paragraphe 95(1), l’intéressé devient une

person” unless or until that person loses his or her status by virtue of a determination that the protection was obtained by fraud or that the person ceases to require protection (see subsection 95(2) of the IRPA). Section 115 of the IRPA provides that a protected person cannot be removed from Canada to a country where he or she would be at risk of persecution, except on grounds of serious criminality or national security, if the person is certified by the Minister to be a danger to the public in Canada, or a danger to the security of Canada.

#### Pre-removal risk assessment process

[16] Where a person’s claim for refugee protection has been rejected by the Board and he or she is subject to a removal order that is in force or is named in a security certificate, that person may, with certain exceptions, apply to the Minister for protection (see section 112 of the IRPA). The mechanism in the IRPA for evaluating such applications is the PRRA.

[17] Pursuant to section 113, consideration of a PRRA application will be on the basis of the risks identified in sections 96 to 98 of the IRPA. An applicant is required to submit only new evidence that arose after the rejection, or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have expected in the circumstances to have presented, at the time of rejection (see paragraph 113(a) of the IRPA).

[18] A decision to allow a PRRA application will have the effect of conferring refugee protection on the applicant, provided he or she is not inadmissible on grounds of security, serious or organized criminality, or violating international or human rights. In the case of a person inadmissible on any of the above-mentioned grounds, the effect of a positive PRRA decision is to stay the applicant’s removal order with respect to the country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection (see section 114 of the IRPA).

#### Allegations of error in the Federal Court’s review of the PRRA decision

[19] The first issue to be considered in this appeal is whether the applications Judge erred when he upheld the

« personne à protéger » à moins qu’il ne perde cette qualité sur constat qu’il a obtenu l’asile par fraude ou qu’il n’a plus besoin de protection (voir le paragraphe 95(2) de la LIPR). L’article 115 de la LIPR interdit de renvoyer du Canada une personne à protéger dans un pays où elle risque la persécution, sauf pour des raisons de grande criminalité ou de sécurité nationale et à condition que le ministre soit d’avis que cette personne constitue un danger pour le public au Canada ou un danger pour la sécurité du Canada.

#### Procédure d’examen des risques avant le renvoi

[16] La personne qui a été déboutée de sa demande d’asile par la Commission peut, sous réserve de certaines exceptions, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou si elle est nommée dans un certificat de sécurité (voir l’article 112 de la LIPR). Le mécanisme prévu par la LIPR pour évaluer ce type de demande est l’examen des risques avant le renvoi (ERAR).

[17] Aux termes de l’article 113, il est disposé de la demande d’ERAR sur la base des risques énumérés aux articles 96 à 98 de la LIPR. Le demandeur d’asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve qui sont survenus depuis le rejet de sa demande ou qui n’étaient alors pas normalement accessibles ou, s’ils l’étaient, qu’il n’était pas raisonnable, dans les circonstances, de s’attendre à ce qu’il les ait présentés au moment du rejet (voir l’alinéa 113a) de la LIPR).

[18] La décision accordant la demande d’ERAR a pour effet de conférer l’asile au demandeur, à condition qu’il ne soit pas interdit de territoire pour raison de sécurité, de grande criminalité ou de criminalité organisée ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux. S’agissant de la personne interdite de territoire pour l’un ou l’autre des motifs susmentionnés, la décision favorable a pour effet de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant (voir l’article 114 de la LIPR).

#### Erreurs reprochées à la Cour fédérale lors de son contrôle de la décision d’ERAR

[19] La première question à examiner dans le cadre du présent appel est celle de savoir si le juge de première

PRRA officer's decision to deny the appellants' application for protection on the basis that the risks they identified were excluded from consideration under subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA. This issue will be considered in two parts: first, what is the proper interpretation of section 97, in particular, the exception in subparagraph 97(1)(b)(iv); and second, did the applications Judge err in upholding the PRRA officer's finding that the appellants' claims did not disclose a risk to life protected by section 97.

(a) The meaning of subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA

[20] At issue is the meaning of the phrase "inability of that country to provide adequate health or medical care" in subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA. The interpretation of legislation is generally considered to be a question of law. Accordingly, the applications Judge's interpretation of this provision will be reviewed by the Court on a standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8.

[21] The applications Judge found (at paragraph 33):

I think it is clear that the intent of the legislative scheme was to exclude claims for protection under section 97 based on risks arising from the inadequacy of health care and medical treatment in the claimant's country of origin, including those where treatment was available for those who could afford to pay for it.

[22] The appellants submit that the applications Judge erred in his interpretation of the exclusion from protection in subparagraph 97(1)(b)(iv) because he did not distinguish between a risk to life owing to a country's unwillingness to provide medical care, and a risk to life resulting from a country's genuine inability to provide medical care. The appellants submit that the exclusion in section 97 is intended to contemplate only the latter.

instance a commis une erreur en confirmant la décision de l'agent d'ERAR de refuser de reconnaître aux appelants la qualité de personnes à protéger au motif que les risques qu'ils évoquaient ne pouvaient être pris en considération aux termes du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR. L'examen de cette question se fera en deux parties : premièrement, quel sens doit-on donner à l'article 97 et, plus particulièrement, à l'exception contenue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv)? En second lieu, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en confirmant la conclusion de l'agent d'ERAR suivant laquelle les demandes des appelants ne faisaient pas état d'une menace à la vie leur permettant de bénéficier de la protection prévue à l'article 97?

a) Sens du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR

[20] Une partie du débat porte sur le sens de l'expression « incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats » au sous-alinéa 97(1)(b)(iv) de la LIPR. L'interprétation des lois est en principe considérée comme une question de droit. La Cour contrôle donc l'interprétation faite de cette disposition par le juge de première instance en fonction de la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8).

[21] Voici ce que le juge de première instance dit à ce sujet (au paragraphe 33) :

Je pense qu'il est évident que le régime législatif avait pour but d'exclure de la portée de l'article 97 les demandes d'asile fondées sur les risques découlant du caractère inadéquat des soins de santé et des traitements médicaux dans le pays d'origine du demandeur, notamment lorsque les traitements sont offerts aux personnes qui ont les moyens de payer.

[22] Les appelants soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a interprété les cas d'exclusion prévus au sous-alinéa 97(1)(b)(iv) parce qu'il n'a pas su faire la distinction entre la menace à la vie imputable au refus d'un pays d'offrir des soins de santé et la menace à la vie découlant d'une véritable incapacité de ce même État à fournir des soins médicaux. Suivant les appelants, l'exclusion prévue à l'article 97 n'est censée viser que ce dernier cas.

[23] The appellants argue that in interpreting the exclusion in subparagraph 97(1)(b)(iv), the Court must take into consideration that section 97 is intended to protect risks to life which are premised on another country's violation of international standards. This is because the purpose for creating the expanded ground of protection in section 97 is to ensure Canada's compliance with its international human rights commitments. The appellants refer to the clause-by-clause analysis of Bill C-11 [*An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st sess., 37th Parl., 2001] (later enacted as the IRPA), wherein it states in reference to section 97:

This new provision applies only to persons who claim refugee protection in Canada. It generally consolidates the existing protection-related grounds which are spread through various provisions of the current Act and regulations and are evaluated under separate procedures. This provision upholds Canada's obligations under international conventions and the *Charter of Rights and Freedoms* and provides a clear definition of a person in need of protection under one provision. [Emphasis added]

[24] The appellants refer to various international conventions and declarations to argue that the right of access to medical care is a legally recognized human right in international law. On this basis, the appellants argue that, to maintain the purpose of section 97, the exception in subparagraph 97(1)(b)(iv) must be interpreted narrowly so as to exclude from protection only those from countries which are truly unable to provide needed medical treatment to their nationals.

[25] The appellants' proposed interpretation leaves open, therefore, the possibility for persons to obtain refugee protection where they can show that they face a human rights violation on account of their country's unwillingness, not its inability, to provide them with life-saving medical treatment. The appellants submit that such unwillingness to provide health care exists when that country has the financial ability to provide emergency medical care, but chooses, as a matter of public policy, not to provide such care freely to its

[23] Les appelants soutiennent que, pour interpréter l'exclusion prévue au sous-alinéa 97(1)b)(iv), la Cour doit tenir compte du fait que l'article 97 vise à protéger les intéressés contre les menaces à leur vie fondées sur des manquements aux règles internationales commis par d'autres pays et ce, parce que le législateur a élargi le champ de la protection à l'article 97 pour s'assurer que le Canada se conforme à ses engagements internationaux en matière de respect de droits de la personne. Les appelants citent à cet égard l'analyse article par article du projet de loi C-11 [*Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2001] (devenu par la suite la LIPR), où l'on trouve les précisions qui suivent au sujet de l'article 97 :

Cette nouvelle disposition s'applique uniquement aux personnes qui demandent l'asile au Canada. Elle regroupe de façon générale les motifs de protection actuels que l'on retrouve dans les diverses dispositions de la Loi et du Règlement actuels et qui sont évalués selon des procédures distinctes. Elles maintient les obligations du Canada en vertu des conventions internationales et de la *Charte des droits et libertés* et offre une définition claire de *personne à protéger* dans une seule disposition de la Loi. [Non souligné dans l'original.]

[24] Les appelants citent diverses conventions et déclarations internationales à l'appui de leur argument que l'accès aux soins médicaux est un droit de la personne légalement reconnu en droit international. Les appelants font de ce fait valoir que, pour respecter l'objectif visé par l'article 97, il faut interpréter de façon restrictive l'exception prévue au sous-alinéa 97(1)b)(iv) de manière à refuser la protection prévue par la Convention uniquement aux personnes provenant de pays qui sont véritablement incapables de fournir à leurs ressortissants les soins médicaux dont ils ont besoin.

[25] En conséquence, l'interprétation proposée par les appelants n'écarte pas la possibilité pour l'intéressé d'obtenir l'asile lorsqu'il peut démontrer qu'il risque d'être victime d'une violation de ses droits de la personne en raison du refus—et non pas de l'incapacité—de son pays de lui offrir un traitement médical essentiel à sa survie. Suivant les appelants, on peut dire qu'un pays refuse d'offrir des soins de santé lorsqu'il a la capacité financière de fournir des soins médicaux d'urgence mais qu'il choisit, pour des raisons d'ordre

underprivileged citizens. This, in the appellants' view, is a violation of international standards and precisely the type of risk to life that is contemplated by section 97.

[26] The respondent, on the other hand, argues for a broad interpretation of the exclusion in subparagraph 97(1)(b)(iv) so as to exclude virtually any risk to life on account of a person's health care needs. The respondent argues that there is no distinction between a country's unwillingness and its inability to provide such health care. Moreover, there is no evidence that Parliament intended section 97 of the IRPA to confer the new human rights as advocated by the appellants. The respondent points out that Canada has never assumed the obligation of offering refugee protection to persons who base their claims solely on the inability or unwillingness of their own national governments to meet health and medical care needs.

[27] The Canadian jurisprudence on this issue is limited. There are only three recent decisions of the Federal Court which have considered this issue in varying depth. In *Mazuryk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 257, the applicant from the Ukraine claimed a risk to life on account of her deteriorating medical condition. She was suffering from Parkinson's disease and thyro-toxicosis. The Ukraine's inability to provide her with the medication and the medical services she required, at a cost that she could afford, was the basis of her claim under the earlier legislation. Dawson J. found, at paragraph 25, that the risk to life in this case was not a risk which the post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class (now the PRRA) is designed to provide protection against.

[28] Likewise, in *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 323 (F.C.), the applicant claimed a risk to life on account of

public, de ne pas les offrir gratuitement à ses citoyens défavorisés. Suivant les appelants, il s'agit là d'une violation des normes internationales, en plus d'être précisément le type de menace à la vie qui est visé par l'article 97.

[26] L'intimé, en revanche, plaide pour une interprétation large de l'exception contenue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv), interprétation qui exclurait pratiquement toute menace à la vie imputable aux besoins de l'intéressé en matière de santé. L'intimé soutient qu'il n'existe aucune distinction entre le refus ou l'incapacité d'un pays de fournir des soins de santé. De plus, rien ne permet de penser qu'en édictant l'article 97 de la LIPR, le législateur fédéral entendait conférer les nouveaux droits de la personne préconisés par les appelants. L'intimé souligne que le Canada ne s'est jamais engagé à accorder l'asile aux personnes qui fondent leur demande uniquement sur l'incapacité ou le refus de leur propre gouvernement national de répondre à leurs besoins en matière de santé.

[27] La jurisprudence canadienne sur la question est peu abondante. On ne trouve que trois décisions récentes dans lesquelles la Cour fédérale a analysé la question à des degrés divers. Dans l'affaire *Mazuryk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 257, la demanderesse affirmait qu'elle serait exposée à une menace à sa vie si elle était renvoyée en Ukraine, et cela en raison de son état de santé qui se détériorait. Elle souffrait de la maladie de Parkinson et d'une thyro-toxicose. Elle fondait sa demande, sous le régime de l'ancienne loi, sur l'incapacité de l'Ukraine de lui fournir les médicaments et les services médicaux dont elle avait besoin et sur le fait qu'elle n'avait pas les moyens d'assumer les frais de ces traitements. La juge Dawson conclut, au paragraphe 25, que la menace pour la vie qui résulte de l'incapacité d'un pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats n'est pas un risque contre lequel la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (la catégorie DNRSRC qui correspond maintenant à l'ERAR) a pour objet de prémunir les demandeurs.

[28] De même, dans l'affaire *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 323 (C.F.), la demanderesse, qui souffrait

kidney failure and the inability of India to provide her with access to dialysis at a cost she could afford. The PRRA officer denied her application. On judicial review, the parties disputed the scope of the exclusion in subparagraph 97(1)(b)(iv), focusing primarily on the meaning of the phrase “adequate health or medical care” in subparagraph 97(1)(b)(iv). Russell J. stated the following (at paragraphs 23 and 24):

I believe the honest answer to this issue is that it is not entirely clear what Parliament’s intent was in this regard, and that we are left to deal with a statutory provision that, on the facts of this application, is somewhat ambiguous. The applicants’ arguments would mean accepting that Parliament intended to exclude risks based upon the non-availability of adequate health care but not risks associated with a particular applicant’s ability to access adequate health care. Bill C-11 tells us that lack of “appropriate” health or medical care are not grounds for granting refugee protection under the IRPA and that these matters are more appropriately assessed by other means under the statute.

This leads me to the conclusion that the respondent is correct on this issue. A risk to life under section 97 should not include having to assess whether there is appropriate health and medical care available in the country in question. There are various reasons why health and medical care might be “inadequate.” It might not be available at all, or it might not be available to a particular applicant because he or she is not in a position to take advantage of it. If it is not within their reach, then it is not adequate to their needs. [Emphasis added.]

Russell J., nevertheless, concluded that the PRRA officer was “correct and committed no reviewable error”.

[29] Most recently, in *Travers v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 505 (F.C.), the applicant was diagnosed as HIV positive and claimed a risk to his life caused by the unwillingness of Zimbabwe to provide him with adequate medical care. Barnes J., in upholding the Board’s denial of the application for refugee protection, held at paragraph 25:

d’insuffisance rénale, affirmait que sa vie serait menacée si elle était renvoyée en Inde, qui était incapable de lui donner accès à des traitements de dialyse à un coût que la demanderesse pouvait assumer. L’agent d’ERAR a rejeté sa demande. Dans le cadre du contrôle judiciaire de cette décision, les parties, se concentrant surtout sur le sens de l’expression « soins médicaux ou de santé adéquats », ne s’entendaient pas sur la portée de l’exclusion prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv), Voici ce que le juge Russell a déclaré (aux paragraphes 23 et 24) :

Je suis d’avis que la réponse franche à cette question est que l’intention du Parlement n’est pas tout à fait claire à cet égard et que nous devons maintenant traiter d’une disposition de la loi qui, selon les faits de la présente affaire, est quelque peu ambiguë. Si les prétentions des demandeurs étaient fondées cela signifierait que l’on accepte que le Parlement avait l’intention d’exclure les risques fondés sur l’absence de soins de santé adéquats mais non les risques associés à la possibilité pour un demandeur en particulier d’obtenir des soins de santé adéquats. Le projet de loi C-11 nous apprend que l’absence de soins médicaux ou de santé « adéquats » ne constitue pas un motif reconnu pour accorder la protection en vertu de la LIPR et qu’il est plus approprié que ces questions soient appréciées suivant d’autres dispositions de la loi.

Cela m’amène à conclure que le défendeur a raison quant à cette question. La question d’une menace à la vie suivant l’article 97 ne devrait pas inclure l’obligation d’évaluer la question de savoir s’il existe des soins médicaux et de santé adéquats dans le pays en question. Il y a diverses raisons pour lesquelles les soins médicaux et de santé peuvent être « inadéquats ». Il se peut que ces soins n’existent pas du tout ou qu’ils ne soient pas offerts à un demandeur en particulier parce qu’il n’est pas dans une situation dans laquelle il peut en profiter. Lorsqu’un demandeur n’a pas la possibilité d’obtenir ces soins, alors ils ne sont pas adéquats pour lui. [Non souligné dans l’original.]

Le juge Russell a néanmoins conclu que l’agente d’ERAR « avait raison et qu’elle n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle ».

[29] Dans l’affaire récente *Travers c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 505 (C.F.), le demandeur, qui avait été diagnostiqué comme étant séropositif, affirmait que, s’il retournait au Zimbabwe, sa vie serait en danger parce que le gouvernement n’était pas disposé à lui fournir des soins adéquats. Le juge Barnes a confirmé le rejet de la

I am in agreement with the decisions in *Singh* and *Covarrubias*. Given the findings of the Board in this case that Mr. Travers would not face discrimination or persecution in his access to treatment in Zimbabwe (such as it is), I do not believe that he can bring himself within the protection of section 97 of the IRPA. Even in countries with the most deficient health care systems, there will usually be access to quality medical care for persons with the means to pay for it.

[30] Barnes J. nevertheless opened the door to some claimants on the basis of unavailable health care (at paragraph 27):

Notwithstanding my conclusions above and despite the respondent's capable arguments, I am not satisfied that the subparagraph 97(1)(b)(iv) exclusion is so wide that it would preclude from consideration all situations involving a person's inability to access health care in his country of origin. Where access to life-saving treatment would be denied to a person for persecutorial reasons not otherwise caught by section 96 of the IRPA, a good case can be made out for section 97 protection.

[31] Having considered the parties' arguments and the limited authorities, I am of the view that the provision in issue is meant to be broadly interpreted, so that only in rare cases would the onus on the applicant be met. The applicant must establish, on the balance of probabilities, not only that there is a personalized risk to his or her life, but that this was not caused by the inability of his or her country to provide adequate health care. Proof of a negative is required, that is, that the country is not unable to furnish medical care that is adequate for this applicant. This is no easy task and the language and the history of the provision show that it was not meant to be.

[32] The ability of the different countries of the world to provide adequate health care varies dramatically. Some might contend that even countries such as Canada,

demande d'asile prononcé par la Commission en expliquant, au paragraphe 25 :

Je souscris aux décisions prononcées dans les affaires *Singh* et *Covarrubias*. Compte tenu des conclusions que la Commission a tirées en l'espèce selon lesquelles M. Travers ne ferait pas l'objet de discrimination ou de persécution pour ce qui est de recevoir un traitement au Zimbabwe (quel qu'il soit), je ne pense pas qu'il puisse bénéficier de la protection de l'article 97 de la LIPR. Même dans les pays dont les systèmes de soins de santé sont particulièrement inadéquats, les personnes qui disposent de ressources financières suffisantes ont habituellement accès à des soins médicaux de qualité.

[30] Le juge Barnes a néanmoins évoqué la possibilité pour certains demandeurs de bénéficier de la protection de la loi en invoquant le fait qu'ils n'avaient pas accès à des soins de santé (au paragraphe 27) :

Malgré mes conclusions exposées ci-dessus et les solides arguments présentés par le défendeur, je ne suis pas convaincu que l'exclusion du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) a une portée si large qu'elle interdit d'examiner tous les cas où une personne est incapable d'avoir accès à des soins de santé dans son pays d'origine. Lorsque l'accès à un traitement qui lui sauverait la vie est refusé à une personne pour des raisons de persécution qui ne sont pas autrement visées par l'article 96 de la LIPR, il semble approprié d'accorder la protection prévue par l'article 97.

[31] Après avoir examiné les arguments des parties et la jurisprudence peu abondante qui existe sur la question, je suis d'avis que la disposition en litige doit recevoir une interprétation large, de telle sorte que le demandeur ne pourra que rarement se décharger du fardeau qui lui incombe. Le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, non seulement qu'il serait personnellement exposé à une menace à sa vie, mais également que cette menace ne résulte pas de l'incapacité de son pays de fournir des soins de santé adéquats. Il s'agit d'une preuve négative : le demandeur doit démontrer que son pays n'est pas incapable de fournir des soins de santé qui sont adéquats pour le demandeur. Ce n'est pas une tâche facile et le libellé de cette disposition et l'historique de son adoption montrent que c'était bien l'intention du législateur.

[32] La capacité de fournir des soins de santé adéquats varie très sensiblement d'un pays à l'autre. Certains pourraient affirmer que même des pays bien

the United Kingdom and the United States, though financially able, are not providing “adequate” health care to some of their people. These countries might respond that they are “unable” to provide more care, given their other financial obligations. Some might disagree and argue that these countries would, if they altered their priorities, be able to provide more. Whether this reluctance to provide more means that a country is unable to provide more is not a task that courts can easily assess, except in cases such as the denial of health care on persecutorial grounds or other similar bases. This will be a difficult evidentiary hurdle to overcome.

[33] Let me expand on my reasons for this view. “Inability” is defined in the *Oxford English Dictionary* as the “condition of being unable; want of ability, physical, mental or moral; lack of power, capacity, or means.” The dictionary meaning does not assist very much except to show that inability has a broad meaning including not only financial capacity, but vague terms such as mental and moral ability.

[34] The legislative history furnishes some guidance. In the clause-by-clause analysis of Bill C-11 (later enacted as the IRPA) it provides as an explanatory note to section 97:

Cases where a person faces a risk due to lack of adequate health or medical care can be more appropriately assessed through other means in the Act and are excluded from this definition. Lack of appropriate health or medical care are not grounds for granting refugee protection under the Act.

[35] A country’s political decision not to provide a certain level of health care does not necessarily mean that the country is “unwilling” to provide that health care to its nationals. To interpret the exclusion as the appellants suggest would oblige a PRRA officer to engage in an unseemly analysis of another state’s

nantis comme le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis ne fournissent pas des soins de santé « adéquats » à certains de leurs citoyens. Ces pays pourraient rétorquer qu’ils sont « incapables » de fournir plus de soins, compte tenu de leurs autres obligations financières. Certains pourraient ne pas être d’accord et faire valoir que, s’ils révisaient leurs priorités, ces pays pourraient en faire plus. Il n’est pas facile pour les tribunaux de répondre à la question de savoir si la répugnance d’un pays à fournir plus de soins de santé signifie que ce pays n’est pas en mesure d’en fournir davantage, sauf dans les cas où le refus de fournir des soins de santé repose sur des motifs de persécution ou sur des raisons semblables, auquel cas la charge de la preuve à laquelle il faut satisfaire est différente.

[33] J’aimerais développer ma pensée pour expliquer davantage les motifs pour lesquels j’en arrive à cette conclusion. Voici comment l’*Oxford English Dictionary* définit le terme « *inability* » (incapacité) [TRADUCTION] : « état d’une personne qui est incapable de faire quelque chose; défaut de capacité physique, intellectuelle ou morale; manque de puissance, de capacité ou de moyens ». Cette définition tirée du dictionnaire ne nous est pas très utile, sinon pour démontrer que le terme « incapacité » comporte de nombreuses acceptions qui ne se limitent pas à la seule capacité financière mais qui englobent des termes vagues comme l’incapacité mentale ou morale.

[34] L’historique législatif fournit certaines clés. Voici la note explicative de l’article 97 que l’on trouve à l’analyse article par article du projet de loi C-11 (par la suite devenu la LIPR) :

Dans les cas où une personne serait exposée à un risque faute de soins médicaux ou de santé adéquats, il est plus approprié de recourir à d’autres dispositions de la Loi et de tels cas sont donc exclus de la définition. L’absence de soins médicaux ou de santé adéquats ne constitue pas un motif reconnu pour accorder la protection en vertu de la Loi.

[35] Ce n’est pas parce qu’un pays décide, pour des raisons d’ordre public, de ne pas fournir certains soins de santé qu’on doit nécessairement en conclure qu’il « n’est pas disposé » à fournir ces mêmes soins de santé à ses ressortissants. Interpréter l’exclusion comme les appelants le suggèrent obligerait l’agent d’ERAR à se

medical system in relation to its fiscal capacity and current political priorities. It would effectively require a finding that another country's public policy decision not to provide a certain level of health care is inadequate by Canadian standards. As the Board stated in the decision under review in *Travers* [at paragraph 16], "it is not for the panel to judge the health care delivery system in the context of Canada or to attach blame for its shortcomings when the contributing forces are many and complex."

[36] The appellants are, in essence, seeking to expand the law in section 97 so as to create a new human right to a minimum level of health care. While their efforts are noble, the law in Canada has not extended that far. McLachlin C.J. and Major J., in concurring reasons in the decision of *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraph 104, stated that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) does not confer on Canadians a freestanding constitutional right to health care. If that is so, then a freestanding right to health care for all of the people of the world who happen to be subject to a removal order in Canada would not likely be contemplated by the Supreme Court.

[37] The appellants' interpretation would, by necessary implication, impose an obligation on the Canadian government to provide ongoing emergency medical care to failed refugee claimants suffering from life-threatening illnesses where they can show that their native country has the financial ability, in a technical sense, to provide the needed medical care, but chooses not to do so for whatever reason, justifiable or not. Such an interpretation would place a significant burden on the already overburdened Canadian health care system, which, in my opinion, could not have been intended by Parliament in enacting this provision.

livrer de façon intempestive à l'analyse du système médical d'un autre État en fonction de ses capacités financières et de ses priorités politiques actuelles, ce qui obligerait l'agent à conclure, en fait, que la décision d'un autre pays de ne pas fournir certains soins de santé, pour des raisons d'ordre public, est contestable selon les normes canadiennes. Ainsi que la Commission l'a déclaré dans la décision à l'examen dans l'affaire *Travers* [au paragraphe 16] : « ce n'est pas à la Commission de juger le système de prestation des soins de santé par rapport à celui du Canada ou d'imputer à qui que ce soit les lacunes de ce système, étant donné que les facteurs à l'origine de la situation sont multiples et complexes. »

[36] Les appelants cherchent essentiellement à élargir la portée de l'article 97 de manière à créer un nouveau droit de la personne qui permettrait d'exiger des soins de santé minimum. Bien que leurs intentions soient nobles, la loi ne va pas aussi loin au Canada. Dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, au paragraphe 104, la juge en chef McLachlin et le juge Major expliquent, dans les motifs qu'ils ont rédigés à l'appui de la décision de la Cour, que 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) ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. Si tel est le cas, la Cour suprême du Canada n'envisagerait probablement pas l'existence d'un droit distinct à des soins de santé pour tout ressortissant étranger visé par une mesure de renvoi au Canada.

[37] Par déduction nécessaire, l'interprétation des appelants imposerait au gouvernement canadien l'obligation de fournir systématiquement des soins médicaux d'urgence aux demandeurs d'asile déboutés qui sont atteints d'une maladie qui met leur vie en danger lorsqu'ils peuvent démontrer que leur pays d'origine a, théoriquement, la capacité financière de leur fournir les soins médicaux dont ils ont besoin, mais choisit de ne pas le faire pour une raison ou une autre, que cette raison soit justifiée ou non. Pareille interprétation imposerait un lourd fardeau à un système de santé canadien déjà surchargé ce qui, à mon avis, ne

[38] In my view, the words “inability to provide adequate medical services” must include situations where a foreign government decides to allocate its limited public funds in a way that obliges some of its less prosperous citizens to defray part or all of their medical expenses. Any other interpretation would require this Court to inquire into the decisions of foreign governments to allocate their public funds and possibly second-guess their decisions to spend their funds in a different way than they would choose. In other words, this Court would have to decide that foreign governments must provide free medical services to their citizens who cannot pay for them to the detriment of other areas for which the governments are responsible. This cannot have been intended by Parliament without more specific language to that effect.

[39] This is not to say that the exclusion in subparagraph 97(1)(b)(iv) should be interpreted so broadly as to exclude any claim in respect of health care. The wording of the provision clearly leaves open the possibility for protection where an applicant can show that he faces a personalized risk to life on account of his country’s unjustified unwillingness to provide him with adequate medical care, where the financial ability is present. For example, where a country makes a deliberate attempt to persecute or discriminate against a person by deliberately allocating insufficient resources for the treatment and care of that person’s illness or disability, as has happened in some countries with patients suffering from HIV/AIDS, that person may qualify under the section, for this would be refusal to provide the care and not inability to do so. However, the applicant would bear the onus of proving this fact.

[40] This interpretation of subparagraph 97(1)(b)(iv) is consistent with the jurisprudence and it is consistent with the description in the publication by Legal Services, Immigration and Refugee Board, *Consolidated*

pouvait être l’intention qu’avait le législateur fédéral en édictant cette disposition.

[38] À mon sens, l’expression « incapacité de fournir des soins médicaux adéquats » englobe les cas dans lesquels un gouvernement étranger décide d’allouer ses fonds publics limités d’une façon qui oblige certains de ses citoyens moins bien nantis à assumer une partie de leurs frais médicaux. Toute autre interprétation obligerait la Cour à s’interroger sur l’opportunité des décisions prises par les gouvernements étrangers en matière d’affectation de leurs deniers publics et à aller même jusqu’à leur reprocher d’avoir dépenser leurs fonds d’une manière différente de celle qu’elle aurait choisie. En d’autres termes, la Cour en viendrait alors à décider qu’un gouvernement étranger doit fournir gratuitement des services médicaux à ceux de ses citoyens qui ne peuvent se les payer et ce, au détriment d’autres secteurs dont ce gouvernement est chargé. Il n’est pas possible que le législateur fédéral ait voulu qu’il en soit ainsi sans le dire explicitement.

[39] Il ne faudrait toutefois pas en conclure que l’exception prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(iv) doit recevoir une interprétation large au point de rendre irrecevable toute demande se rapportant à des soins de santé. Le libellé de la disposition permet de toute évidence à l’intéressé d’obtenir la qualité de personne à protéger lorsqu’il peut démontrer qu’il serait personnellement exposé à une menace à sa vie en raison du refus injustifié de son pays de lui fournir des soins de santé adéquats lorsque ce pays a la capacité financière de les lui offrir. Par exemple, lorsqu’un pays cherche délibérément à persécuter une personne ou agit de façon discriminatoire à son égard en allouant sciemment des ressources insuffisantes pour traiter et soigner la maladie ou l’invalidité dont souffre cette personne, comme certains pays l’ont fait dans le cas de patients atteints du VIH/SIDA, cette personne peut bénéficier de cet article, car il s’agit en pareil cas d’un refus et non d’une incapacité de fournir des soins. C’est toutefois au demandeur qu’il incombe d’établir ce fait.

[40] Cette interprétation du sous-alinéa 97(1)(b)(iv) est compatible avec la jurisprudence et elle va dans le sens des explications suivantes, que l’on trouve dans une publication des Services juridiques de la Commission de

*Grounds in the Immigration and Refugee Protection Act: Risk to Life or Risk of Cruel and Unusual Treatment or Punishment* [May 2002], section 3.1.9., wherein it states:

The inability of a country to provide adequate health or medical care generally can be distinguished from those situations where adequate health or medical care is provided to some individuals but not to others. The individuals who are denied treatment may be able to establish a claim under s. 97(1)(b) because in their case, their risk arises from the country's unwillingness to provide them with adequate care. These types of situations may also succeed under the refugee ground if the risk is associated with one of the Convention reasons. [Emphasis added.]

[41] For these reasons, I find that the phrase “not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care” in subparagraph 97(1)(b)(iv) of the IRPA excludes from protection persons whose claims are based on evidence that their native country is unable to provide adequate medical care, because it chooses in good faith, for legitimate political and financial priority reasons, not to provide such care to its nationals. If it can be proved that there is an illegitimate reason for denying the care, however, such as persecutorial reasons, that may suffice to avoid the operation of the exclusion.

(b) Does the male appellant's claim in this case meet the requirements of subparagraph 97(1)(b)(iv)?

[42] Bearing in mind the proper interpretation of subparagraph 97(1)(b)(iv), this Court must decide whether the applications Judge erred in upholding the PRRA officer's decision that the appellant's risk to life does not fit within the protection offered by section 97 of the IRPA. This is a question of mixed fact and law, involving the applications Judge's interpretation of the evidence as a whole and whether it meets the requirements of section 97. The applications Judge's decision will not be overturned absent a palpable and overriding error: *Housen*, at paragraph 36.

l'immigration et du statut de réfugié intitulée *Regroupement des motifs de protection dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés : Menace à la vie ou risque de traitements ou peines cruels et inusités* [mai 2002], où l'on trouve ce qui suit, au point 3.1.9 :

On peut généralement établir une distinction entre l'incapacité d'un pays à fournir des soins médicaux ou de santé adéquats et les situations dans lesquelles des soins médicaux ou de santé adéquats sont fournis à certaines personnes, mais non à d'autres. Les personnes qui se voient refuser un traitement peuvent fonder une demande d'asile en vertu de l'alinéa 97(1)b) parce que, dans leur cas, le risque découle du refus du pays à leur fournir des soins adéquats. Les demandes impliquant ces types de situations pourraient aussi donner lieu à la reconnaissance de la qualité de réfugié si le risque est lié à un des motifs prévus à la définition de réfugié au sens de la Convention. [Non souligné dans l'original.]

[41] Pour ces motifs, j'estime que l'expression « ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats » au sous-alinéa 97(1)b)(iv) de la LIPR empêche de reconnaître la qualité de personnes à protéger aux personnes qui fondent leur demande sur des éléments de preuve tendant à démontrer que leur pays d'origine est incapable de fournir des soins médicaux adéquats parce qu'il a choisi de bonne foi, pour des raisons légitimes de politique et de priorités financières, de ne pas fournir de tels soins à ses ressortissants. Cependant, le demandeur qui réussit à démontrer que le refus de son pays de fournir les soins en question n'est pas légitime peut éviter de tomber sous le coup de cette exception.

b) La demande présentée par l'appelant en l'espèce répond-elle aux exigences du sous-alinéa 97(1)b)(iv)?

[42] En tenant compte de l'interprétation qu'il convient de donner du sous-alinéa 97(1)b)(iv), la Cour doit décider si le juge de première instance a commis une erreur en confirmant la décision de l'agent d'ERAR suivant laquelle la menace à la vie à laquelle l'appelant serait exposé ne lui permet pas de bénéficier de la protection prévue par l'article 97 de la LIPR. C'est une question mixte de fait et de droit, qui appelle un examen de l'interprétation que le juge de première instance a faite de l'ensemble de la preuve et la question de savoir si elle satisfait aux exigences de l'article 97. La décision

[43] Subsection 100(4) of the IRPA provides that the burden of proving that a person is eligible to make a claim for refugee protection rests on the claimant. Accordingly, for the male appellant to meet the requirements of section 97 (so as to be eligible to make a claim for refugee protection), he was required to prove that should he be removed to Mexico, his removal would subject him personally to a danger of torture or a risk to his life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment. In establishing a risk to his life, the appellant was required to prove that, among other things, his claim was not barred by the application of the exclusion in subparagraph 97(1)(b)(iv). In other words, the appellant was required to prove, on the balance of probabilities, that his risk to life was factually not caused by the inability of Mexico to provide the medical care he requires.

[44] The male appellant, according to the applications Judge, did not meet that evidentiary burden. The evidence before the PRRA officer, and the Federal Court, consisted of an affidavit by the female appellant, sworn for the purposes of the stay application, in which she deposes to her husband's medical condition, describes the family's financial circumstances and asserts that they would be unable to pay for dialysis treatment if they returned to Mexico. There were also letters on the record from the male appellant's Canadian physicians stating that the male appellant requires continuous dialysis treatment every 48 hours, as well as medications to maintain his blood chemistry. One of the physician's letters, dated July 13, 2004, stated:

Please be advised that [Mr. Ramirez] is a patient receiving Life Saving dialysis therapy, three times a week at Humber River Regional Hospital. [Mr. Ramirez], his wife and three young children are to be deported on Saturday July 17<sup>th</sup>, 2004 to Mexico. We have made many inquiries as to the availability of dialysis in Mexico. My understanding is that he would be forced to purchase this therapy which he can not afford. Consequently, he will die within 1 week after his last dialysis

du juge de première instance ne sera infirmée que s'il a commis une erreur manifeste et dominante (arrêt *Housen*, au paragraphe 36).

[43] Le paragraphe 100(4) de la LIPR précise que c'est au demandeur qu'il incombe de faire la preuve de la recevabilité de sa demande d'asile. Ainsi, pour satisfaire aux exigences de l'article 97 (de manière à rendre sa demande d'asile recevable), l'appelant était tenu de démontrer qu'il serait personnellement exposé, par son renvoi au Mexique, au risque d'être soumis à la torture ou à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités. Pour établir qu'il était exposé à une menace à sa vie, l'appelant était notamment tenu de prouver que sa demande n'était pas irrecevable par application de l'exception prévue au sous-alinéa 97(1)b)(iv). En d'autres termes, l'appelant devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'en fait, la menace à sa vie à laquelle il serait exposé n'était pas attribuable à l'incapacité du Mexique de lui fournir les soins médicaux dont il a besoin.

[44] Le juge de première instance a estimé que l'appelant ne s'était pas déchargé de ce fardeau de preuve. La preuve dont disposait l'agent d'ERAR—et la Cour fédérale—consistait en l'affidavit souscrit par l'appelante au soutien de la demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi. Dans cet affidavit, l'appelante décrit l'état de santé de son mari ainsi que la situation financière de la famille et déclare que celle-ci n'aurait pas les moyens de payer la dialyse si elle était renvoyée au Mexique. On a aussi versé au dossier des lettres des médecins canadiens de l'appelant attestant que ce dernier a besoin de façon ininterrompue de dialyse aux deux jours et qu'il faut lui administrer des médicaments pour contrôler la composition de son sang. Voici un extrait d'une lettre écrite le 13 juillet 2004 par l'un des médecins en question :

[TRADUCTION] Sachez que [M. Ramirez] est un patient qui reçoit présentement trois séances de dialyse par semaine à l'hôpital régional de Humber River. Ce traitement est essentiel à sa survie. [M. Ramirez], sa femme et leurs trois jeunes enfants doivent être expulsés vers le Mexique le samedi 17 juillet 2004. Nous nous sommes renseignés auprès de plusieurs sources au sujet de la possibilité de recevoir une dialyse au Mexique. Si j'ai bien compris, il serait contraint de

treatment. [Emphasis added.]

[45] The applications Judge found, at paragraph 47, that there was no evidence before him as to what the physician's understanding of the Mexican health care system was based upon and that the letter amounted to hearsay without any evidentiary support. Therefore, the letter was not sufficiently reliable to prove the truth of the content of the statements. There was also insufficient evidence, according to the applications Judge, to even establish that the male appellant's life was, at that time, at risk due to lack of adequate medical care in Mexico.

[46] The appellants have failed to demonstrate that the applications Judge, in reaching this mixed fact and law conclusion, committed a palpable and overriding error in upholding the PRRA officer's decision in this respect. Therefore, this ground of the appeal should fail.

Jurisdiction of a PRRA officer to consider constitutional issues

[47] In the judicial review, the applications Judge held, at paragraph 24, that the PRRA process is not the appropriate forum to decide complex legal issues including questions of constitutional interpretation. He found that a tribunal which bases its decision on constitutionally invalid legislation commits a jurisdictional error. In reaching this conclusion, the applications Judge referred to the decision in *Singh*, wherein Russell J. stated at paragraph 30 that, in the absence of an express grant, "I cannot conclude that it was the intent of the legislator to confer upon PRRA officers an implied jurisdiction to decide constitutional questions of the kind urged upon [a PRRA officer]".

[48] The appellants submit that the applications Judge's determination, and by implication the decision in *Singh*, is mistaken. The appellants argue that PRRA

payer de sa poche une thérapie qu'il n'a pas les moyens de se payer. En conséquence, il mourra dans les sept jours suivant l'interruption de sa dialyse. [Non souligné dans l'original.]

[45] Le juge de première instance a estimé, au paragraphe 47, qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve expliquant comment les médecins en arrivaient à leurs conclusions au sujet du système de santé du Mexique. Considérant qu'il s'agissait de oui-dire, le juge a déclaré qu'il n'était pas convaincu qu'à défaut d'éléments de preuve additionnels l'étayant, cette lettre était suffisamment digne de foi pour établir la véracité de son contenu. Suivant le juge de première instance, la preuve n'était pas suffisante pour établir même que la vie de l'appelant était menacée, au moment des faits, par l'absence de soins médicaux adéquats au Mexique.

[46] Les appelants n'ont pas réussi à démontrer qu'en tirant cette conclusion mixte de fait et de droit, le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en confirmant la décision de l'agent d'ERAR sur ce point. Ce moyen d'appel est par conséquent mal fondé.

Compétence de l'agent d'ERAR pour examiner des questions constitutionnelles

[47] Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge de première instance a déclaré, au paragraphe 24, que l'ERAR n'est pas le cadre qui convient pour trancher des questions complexes de droit, y compris celles touchant l'interprétation de la Constitution. Il a estimé que le tribunal administratif qui fonde sa décision sur une disposition inconstitutionnelle commet une erreur de compétence. Pour en arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est fondé sur le jugement *Singh*, dans lequel le juge Russell explique, au paragraphe 30 qu'« [e]n l'absence d'une attribution expresse, je ne peux pas conclure que le législateur avait l'intention de conférer aux agents d'ERAR une compétence implicite de trancher des questions constitutionnelles de la sorte de celles que les demandeurs présentaient à l'agente [d'ERAR] ».

[48] Les appelants affirment que la conclusion du juge de première instance et, partant, le jugement *Singh*, sont erronés. Ils soutiennent que les agents d'ERAR ont

officers have jurisdiction to declare inoperative subsections of the IRPA when their operation would result in the violation of a person's rights under the Charter because PRRA officers have an implied jurisdiction to decide questions of law. This implied jurisdiction arises because they are constantly required to interpret legal issues in applying the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, and the protected person definition in the IRPA, and they have legal advisors to assist them in this task. Moreover, the appellants argue that PRRA officers must be able to consider the constitutional validity of section 97 because of the need for failed refugee claimants to raise such issues in the first forum.

[49] The Supreme Court of Canada, in the decision of *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504 (*Martin*), clarified the approach to be taken by the courts in determining whether an administrative body has jurisdiction to subject its legislative provisions to Charter scrutiny. Gonthier J. wrote, at paragraph 40, that "where the empowering legislation contains an express grant of jurisdiction to decide questions of law, there is no need to go beyond the language of the statute. An express grant of authority to consider or decide questions of law arising under a legislative provision is presumed to extend to determining the constitutional validity of that provision." Absent an explicit grant, Gonthier J. said, a court must consider whether the legislator intended to confer upon the tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. At paragraph 41, he stated:

Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with

compétence pour déclarer inopérantes les dispositions de la LIPR qui auraient autrement pour effet de violer les droits individuels garantis par la Charte et ce, parce que les agents d'ERAR sont implicitement compétents pour trancher des questions de droit. Cette compétence implicite découle du fait qu'ils sont constamment appelés à interpréter des questions de droit lorsqu'ils appliquent la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, et la définition de l'expression « personne à protéger » prévue par la LIPR, et qu'ils ont des conseillers juridiques pour les aider dans cette tâche. Les appelants font en outre valoir que les agents d'ERAR doivent être en mesure de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 97 parce qu'il est nécessaire que les demandeurs d'asile déboutés puissent soulever ces questions à la première occasion.

[49] Dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504 (*Martin*), la Cour suprême du Canada a explicité la démarche que les tribunaux judiciaires doivent suivre pour décider si un organisme administratif est compétent pour soumettre à un examen fondé sur la Charte les dispositions qu'il est habilité à appliquer. Le juge Gonthier écrit, au paragraphe 40, que « [l]orsque la loi habilitante confère expressément le pouvoir de trancher des questions de droit, l'on peut s'en tenir à son libellé. L'attribution expresse du pouvoir d'examiner ou de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative est présumée conférer également le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. » Le juge Gonthier explique qu'à défaut d'une attribution expresse de pouvoir, il faut se demander si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Voici ce qu'il dit, au paragraphe 41 :

Pour déterminer s'il y a attribution implicite de pouvoir, il est nécessaire d'examiner la loi dans son ensemble. Parmi les facteurs à prendre en considération, il y a la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit

other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself, particularly when depriving the tribunal of the power to decide questions of law would impair its capacity to fulfill its intended mandate.

Gonthier J. then went on to say (at paragraph 42) that once a presumption has been raised that a tribunal has authority to decide questions of law, either by explicit or implied grant of authority, it can only be rebutted by "an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions or by a clear implication to the same effect, arising from the statute itself rather than from external considerations."

[50] Neither the IRPA nor the Regulations explicitly grant authority to PRRA officers to decide questions of law. This is in contrast to the Immigration Appeals Division, the Immigration Division and the Refugee Protection Division of the Board, all of which have been granted express jurisdiction to consider questions of law (section 162, IRPA).

[51] This Court must consider whether the PRRA officers have an implied grant of authority, taking into account the factors listed by the Supreme Court of Canada in *Martin*.

[52] The first factor to consider is the statutory mandate of a PRRA officer, and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively. To fulfill its mandate, a PRRA officer is required to do a risk assessment in accordance with sections 96 and 97 of the IRPA. In doing so, PRRA officers are obliged to ensure that Canada complies with

pour l'accomplir efficacement, l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif, la question de savoir si ce tribunal est une instance juridictionnelle, ainsi que des considérations pratiques comme la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne peuvent cependant pas l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même, surtout lorsque priver le tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit nuirait à sa capacité d'accomplir la mission qui lui a été confiée. Comme dans le cas de la compétence conférée expressément, si on conclut que le tribunal administratif a le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé englober celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition.

Le juge Gonthier explique ensuite (au paragraphe 42) que, dès lors qu'un tribunal administratif est présumé avoir le pouvoir de trancher des questions de droit, que ce soit en raison d'une attribution expresse ou d'une attribution implicite, cette présomption ne peut être réfutée que par « le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ou par ce qui ressort clairement, en ce sens, de la loi elle-même plutôt que de considérations externes. »

[50] Or, ni la LIPR ni ses règlements d'application ne confèrent explicitement aux agents d'ERAR le pouvoir de trancher des questions de droit, contrairement à la Section d'appel de l'immigration, à la Section de l'immigration et à la Section de la protection des réfugiés, qui se sont toutes vu attribuer la compétence exclusive pour connaître des questions de droit dans le cadre des affaires dont elles sont saisies (article 162 de la LIPR).

[51] La Cour doit décider si les agents d'ERAR se sont vus attribuer implicitement le pouvoir de trancher des questions de droit, en tenant compte des facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Martin*.

[52] Le premier facteur à examiner a trait à la mission que la loi confie à l'agent d'ERAR et la question de savoir s'il doit trancher des questions de droit pour pouvoir accomplir efficacement sa mission. Pour remplir sa mission, l'agent d'ERAR est tenu de procéder à une évaluation des risques en conformité avec les articles 96 et 97 de la LIPR. Pour ce faire, l'agent d'ERAR doit

its obligations under the Charter and international human rights instruments. Although this requires PRRA officers to interpret the provisions of the IRPA, a risk assessment is factually intensive. In most cases, PRRA officers are not required to make complex legal decisions.

[53] The second factor to consider is the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system. Here, it is important to note that the decision is of utmost importance to the person concerned. A negative PRRA decision can result in the enforcement of a removal order. As well, there is no right of appeal of a PRRA decision in the IRPA, although, an applicant has the right to seek judicial review of that decision in the Federal Court.

[54] The third factor is whether the tribunal is adjudicative in nature. A PRRA decision is largely administrative. Although section 113 of the IRPA allows an applicant an oral hearing in exceptional circumstances, most decisions are made on the basis of written submissions (see section 161 of the Regulations).

[55] Finally, this Court must address practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. PRRA officers are not all lawyers, although some are lawyers and all are given legal training to carry out a PRRA determination. On this basis, it is reasonable to assume that PRRA officers do not possess the expertise to carry out Charter analyses, and that doing so would likely compromise the efficiency and timeliness of the PRRA process.

[56] This Court recognizes that PRRA officers make extremely important decisions, and for a significant number of people a PRRA assessment may be the final

s'assurer que le Canada se conforme aux obligations qui lui sont imposées par la Charte et par les instruments internationaux en matière de droits de la personne. Bien que cette tâche oblige les agents d'ERAR à interpréter les dispositions de la LIPR, il n'en demeure pas moins que l'examen des risques est un processus axé sur les faits. Dans la plupart des cas, les agents d'ERAR ne sont pas appelés à rendre des décisions complexes sur des points de droit.

[53] Le deuxième facteur qui entre en ligne de compte est l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif. Dans le cas qui nous occupe, il importe de signaler que la décision revêt une importance capitale pour la personne visée. En effet, une décision défavorable de l'agent d'ERAR est susceptible d'aboutir à la mise à exécution d'une mesure de renvoi. De plus, la LIPR ne prévoit pas de droit d'appel des décisions des agents d'ERAR, sous réserve toutefois du droit du demandeur de saisir la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision le visant.

[54] Le troisième facteur est celui de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle. Une décision d'ERAR est principalement administrative. Bien que l'article 113 de la LIPR permette la tenue d'une audience dans des circonstances exceptionnelles, la plupart des demandes sont jugées sur dossier (voir l'article 161 du Règlement).

[55] Enfin, la Cour doit tenir compte de considérations pratiques, y compris la capacité du tribunal de se prononcer sur des questions de droit. Les agents d'ERAR ne sont pas toujours des juristes, bien que certains d'entre eux soient des avocats et que tous reçoivent une formation juridique. Pour cette raison, il est raisonnable de penser que les agents d'ERAR ne possèdent pas les compétences spécialisées nécessaires pour procéder à des analyses fondées sur la Charte et que, s'ils le faisaient, ils compromettraient probablement l'efficacité du processus d'ERAR en plus d'en retarder le déroulement.

[56] La Cour reconnaît que les agents d'ERAR rendent des décisions extrêmement importantes et que, pour un nombre appréciable de gens, l'évaluation qui est

assessment of risk that they receive before being deported. However, based on the above considerations, and on the fact that the IRPA explicitly confers jurisdiction on its other decision makers to consider questions of law and constitutional issues, I agree with the applications Judge, and with Russell J. in *Singh*, that a PRRA officer does not have implied jurisdiction to consider questions of law, in particular, the implied jurisdiction to declare inoperative subsections of the IRPA when their operation would result in the violation of a person's rights under the Charter.

[57] Accordingly, this issue in the appeal should fail.

#### The Certified Question

[58] The certified question in this appeal asks the Court to consider whether, in view of the evidence before it, the exclusion of risk to life caused by the inability of a country to provide adequate medical care to a person suffering a life-threatening illness under section 97 of the IRPA infringes the Charter in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice, and which cannot be justified under section 1 of the Charter.

[59] It is well established that Charter analyses should not, and must not, be made in a factual vacuum: *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 361. That is, the absence of a proper evidentiary basis to support alleged Charter violations is a fatal flaw to any application to declare a law unconstitutional.

[60] As I stated earlier in these reasons, the applications Judge found that the male appellant has failed to provide sufficient evidence of a risk to his life on account of inadequate medical care should he be deported to Mexico. The applications Judge found, and I agree, that the appellants' allegations of specific Charter violations are without evidentiary foundation. Hence, there is no factual basis for entering into a

faite à l'étape de l'ERAR est susceptible de constituer le dernier examen des risques dont ils peuvent faire l'objet avant leur expulsion. Toutefois, compte tenu des considérations susmentionnées et du fait que la LIPR confère expressément à d'autres organes décisionnels le pouvoir d'examiner des questions de droit et des questions constitutionnelles, je suis d'accord avec le juge de première instance et avec le juge Russell (voir le jugement *Singh*) pour dire qu'un agent d'ERAR n'a pas la compétence implicite pour examiner des questions de droit et qu'il n'a notamment pas la compétence implicite pour déclarer inopérants des paragraphes de la LIPR dont l'application entraînerait une violation des droits garantis à une personne en vertu de la Charte.

[57] Ce moyen d'appel est par conséquent mal fondé.

#### La question certifiée

[58] La question certifiée qui est posée dans le présent appel invite la Cour à se demander si, au vu de l'ensemble de la preuve dont elle dispose, l'exclusion d'une menace à la vie causée par l'incapacité d'un pays à fournir des soins médicaux adéquats à une personne atteinte d'une maladie qui met sa vie en danger contrevient à la Charte d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et qui ne peut se justifier en application de l'article premier de la Charte.

[59] Il est de jurisprudence constante que les analyses relatives à la Charte ne doivent pas être effectuées dans un vide factuel (*MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la page 361). Autrement dit, le défaut d'éléments de preuve adéquats au soutien d'une allégation de violation de la Charte porte un coup fatal à toute demande visant à faire déclarer une disposition législative inconstitutionnelle.

[60] Ainsi que je l'ai déjà expliqué dans les présents motifs, le juge de première instance a estimé que l'appelant n'avait pas fourni suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer qu'il serait exposé à une menace à sa vie en raison de soins médicaux inadéquats s'il était expulsé au Mexique. Le juge de première instance a conclu—et je suis du même avis—que les allégations formulées par les appelants au sujet de violations

Charter analysis here.

[61] In addition, and as the applications Judge noted, there is an adequate alternative remedy in this case for the appellants, namely, the pending H&C application, judicial review of that decision should the appellants be unsuccessful, and an appeal to the discretion of the Minister. In keeping with the reasons of Martineau J. in *Adviento v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 242 F.T.R. 295 (F.C.), at paragraph 54, I find that it is inappropriate for the appellants to turn to the Court for relief under the Charter before exhausting their other remedies.

[62] For these reasons, I decline to answer the certified question.

[63] The appeal will, therefore, be dismissed.

NADON J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

spécifiques de la Charte ne reposaient pas sur la preuve. Il n'y a donc pas de fondement factuel qui nous permettrait d'entamer une analyse fondée sur la Charte en l'espèce.

[61] Qui plus est—et comme le juge de première instance l'a fait observer—d'autres voies de recours appropriées sont ouvertes aux appelants en l'espèce, en l'occurrence la demande CH en instance, le contrôle judiciaire de la décision rendue sur celle-ci si les appelants sont déboutés et une demande adressée au ministre pour qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire. Conformément au raisonnement suivi par le juge Martineau dans le jugement *Adviento c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1430, au paragraphe 54, j'estime qu'il ne convient pas que les appelants s'adressent à la Cour pour obtenir une réparation fondée sur la Charte avant d'avoir épuisé leurs autres recours.

[62] Pour ces motifs, je refuse de répondre à la question certifiée.

[63] L'appel sera par conséquent rejeté.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

A-473-05  
2006 FCA 326

A-473-05  
2006 CAF 326

**Jothiravi Sittampalam** (*Appellant*)

**Jothiravi Sittampalam** (*appelant*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Sexton J.J.A.—Toronto, September 25; Ottawa, October 12, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Sexton, J.C.A.—Toronto, 25 septembre; Ottawa, 12 octobre 2006.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Removal of Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision upholding Immigration and Refugee Board decision to issue deportation order on grounds of organized criminality under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a) — Appellant alleged member of criminal gang — Act, s. 33 permitting decision maker to consider past, present, future facts when making determination as to inadmissibility — Words “being a member of an organization” in Act, s. 37(1)(a) including person not member of criminal organization at time of inadmissibility report, but member before that time — Meaning of “organization” in s. 37(1)(a) — Factors considered by Board, Federal Court supporting conclusion gang to which appellant belonged “organization” — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Renvoi de résidents permanents — Appel d'une décision de la Cour fédérale confirmant la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion pour criminalité organisée en vertu de l'art. 37(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'appellant serait membre d'une bande de criminels — L'art. 33 de la Loi permet au décideur de tenir compte de faits passés, présents et futurs pour décider si une personne est interdite de territoire — L'expression « être membre d'une organisation » à l'art. 37(1)a de la Loi comprend une personne qui n'était pas membre d'une organisation criminelle au moment du rapport d'interdiction de territoire, mais qui l'était auparavant — Sens du terme « organisation » à l'art. 37(1)a — Les facteurs que la Commission et la Cour fédérale ont pris en considération appuyaient la conclusion portant que la bande à laquelle appartenait l'appellant était une « organisation » — Appel rejeté.*

*Construction of Statutes — Appellant found by Immigration and Refugee Board to be member of criminal organization within meaning of Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a) — Act, s. 33 establishing “rule of interpretation” permitting decision maker to consider past, present, future facts when making determination as to inadmissibility — Unrestricted, broad interpretation to be given to word “organization” used in s. 37(1)(a) — Provision intended to prioritize security of Canadians, tackle organized crime — Flexible approach necessary in assessing whether attributes of particular group meet requirements of Act.*

*Interprétation des lois — La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'appellant était membre d'une organisation criminelle en application de l'art. 37(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'art. 33 de la Loi établit une « règle d'interprétation » qui permet au décideur de tenir compte de faits passés, présents et futurs pour décider si une personne est interdite de territoire — Le terme « organisation » employé à l'art. 37(1)a doit recevoir une interprétation libérale, sans restriction aucune — L'intention de cette disposition est d'assurer la sécurité des Canadiens et de lutter contre la criminalité organisée — Il faut faire preuve de souplesse lorsqu'on décide si les caractéristiques d'un groupe particulier satisfont aux exigences de la Loi.*

This was an appeal from a Federal Court decision upholding a decision of the Immigration and Refugee Board to issue a deportation order against the appellant on the grounds of organized criminality pursuant to paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The appellant, who is a citizen of Sri Lanka, arrived in Canada in February 1990 and became a permanent resident in July 1992. Following the allegation that the appellant “is or was a member of an organization known as the A.K. Kannan gang”, an inquiry under the former *Immigration Act* was commenced in January 2002, and continued under sections 36 and 37 of the IRPA. Unless he was found not to be a person described in paragraph 37(1)(a) of the IRPA, the appellant would be deported to Sri Lanka without a right of appeal to the Immigration Appeal Division, having regard to subsection 64(1) of the IRPA. The Board found that the appellant was inadmissible for organized criminality pursuant to paragraph 37(1)(a) of the IRPA because he was a member of an organization, the A.K. Kannan gang, believed on reasonable grounds to be or have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable by indictment under an Act of Parliament. On judicial review, the Federal Court upheld the Board’s determination regarding the appellant’s inadmissibility to Canada. The following questions were certified: (1) whether the words “being a member of an organization” in paragraph 37(1)(a) of the IRPA include a person who was not a member at the time of reporting but was a member before that time; (2) what constitutes an “organization” within the meaning of paragraph 37(1)(a) of the IRPA, and does the A.K. Kannan gang fit within that meaning? The appellant also raised the issue as to whether the Federal Court erred in determining that the Board was entitled to consider certain police reports of criminal activity unsubstantiated by conviction as evidence of involvement in criminal activity and testimony.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) The Federal Court’s finding that paragraph 37(1)(a) of the IRPA includes a person who was member of a criminal organization before the inadmissibility report is consistent with the wording of paragraph 19(1)(c.2) of the former *Immigration Act* which referred specifically to those who “are or were” members. Section 33 of the IRPA reduces the necessary repetition of the phrases denoting past, present and future membership in the former Act by establishing a “rule of interpretation” that permits a decision maker to consider past, present and future facts when making a determination as to inadmissibility. Section 33 is clear that the appellant’s past

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale confirmant la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d’expulsion contre l’appelant pour criminalité organisée en vertu de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). L’appelant, qui est un citoyen du Sri Lanka, est arrivé au Canada en février 1990 et il est devenu résident permanent en juillet 1992. Par suite d’allégations selon lesquelles l’appelant « est ou a été membre d’une organisation connue sous le nom de bande A.K. Kannan », une enquête a été entreprise en janvier 2002, en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, et s’est poursuivie sous le régime des articles 36 et 37 de la LIPR. Si on considérait qu’il était visé à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR, l’appelant serait expulsé vers le Sri Lanka et n’aurait aucun droit d’appel à la Section d’appel de l’immigration en application du paragraphe 64(1) de la LIPR. La Commission a conclu que l’appelant était interdit de territoire pour criminalité organisée en application de l’alinéa 37(1)a) de la LIPR parce qu’il était membre d’une organisation, soit la bande A.K. Kannan, dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu’elle se livrait ou s’était livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation. Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a confirmé la décision de la Commission selon laquelle l’appelant était interdit de territoire au Canada. Les questions suivantes ont été certifiées : 1) l’expression « être membre d’une organisation » à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR désigne-t-elle notamment une personne qui n’était pas membre d’une organisation au moment du rapport, mais qui l’était auparavant? et 2) qu’entend-on par « organisation » à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR et la bande A.K. Kannan est-elle une telle organisation? L’appelant a aussi soulevé la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la Commission pouvait tenir compte de certains rapports de police concernant des activités criminelles qui ne s’étaient pas soldées par des déclarations de culpabilité et considérer que ces rapports prouvaient la participation à des activités criminelles.

*Arrêt* : l’appel est rejeté.

1) La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle l’alinéa 37(1)a) de la LIPR vise une personne qui était membre d’une organisation criminelle avant de faire l’objet d’un rapport sur l’interdiction de territoire est conforme au libellé de l’alinéa 19(1)c.2) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, qui faisait expressément mention des personnes qui « sont ou ont été » membres. L’article 33 de la LIPR réduit la répétition nécessaire des expressions exprimant l’appartenance passée, présente et future, que l’on trouvait dans l’ancienne Loi, en établissant une « règle d’interprétation » qui permet au décideur de tenir compte de faits passés, présents et futurs

membership in the A.K. Kannan gang, a factual determination, could be the basis for a legal inadmissibility finding in the present. This interpretation is consistent with the purpose of the inadmissibility provisions and the IRPA as a whole, and with the case law. However, the inadmissibility rule in paragraph 37(1)(a) may be overcome if the permanent resident can satisfy the Minister that his presence in Canada would not be detrimental to the national interest. The first certified question was answered in the affirmative.

(2) The word “organization” is not defined in the IRPA. An unrestricted and broad interpretation should be given to the word “organization” as it is used in paragraph 37(1)(a). The IRPA signifies an intention to prioritize the security of Canadians, and paragraph 37(1)(a), in particular, is an attempt to tackle organized crime. This interpretation was supported by recent case law. In *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Federal Court took into account various factors, such as identity, leadership, a loose hierarchy and a basic organizational structure, in concluding that two Tamil gangs were “organizations” within the meaning of paragraph 37(1)(a) of the IRPA. These factors are helpful when making a determination under that provision, but no one is essential. It is necessary to adopt a rather flexible approach in assessing whether the attributes of a particular group meet the requirements of the IRPA given the varied, changing and clandestine character of criminal organizations. Such an interpretation of “organization” allows the Board some flexibility in determining whether a group may be properly characterized as such for the purposes of paragraph 37(1)(a). The Federal Court and the Board, correctly considered the legislation and applied the law as set out in *Thanaratnam* in the interpretation of the term “organization”. Nor was there any palpable and overriding error in upholding the Board’s finding that the A.K. Kannan gang is an “organization” within the meaning of paragraph 37(1)(a) of the IRPA.

In admissibility hearings, the Board is not bound by the strict rules of evidence. The evidence is admissible once the tribunal determines that it is credible and trustworthy. The Board considered the police source evidence credible and trustworthy in the circumstances of the case, and such a decision was entirely within its discretion. The Board is uniquely situated to assess credibility of evidence in an admissibility hearing. The appellant did not demonstrate that the Board’s findings, or the Federal Court’s acceptance of those facts, were perverse or capricious. The Federal Court

pour décider si une personne est interdite de territoire. Le libellé de l’article 33 établit clairement que le fait que l’appelant a été membre de la bande A.K. Kannan dans le passé—une conclusion de fait—peut servir de fondement à une conclusion de droit d’interdiction de territoire actuelle. Cette interprétation est compatible avec l’objet des dispositions sur l’interdiction de territoire et la LIPR dans l’ensemble, et avec la jurisprudence. Cependant, un résident permanent peut se soustraire à la règle d’interdiction de territoire prévue à l’alinéa 37(1)a s’il convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national. La Cour a répondu à la première question certifiée par l’affirmative.

2) Le terme « organisation » n’est pas défini dans la LIPR. Le terme « organisation » employé à l’alinéa 37(1)a devrait recevoir une interprétation libérale et sans restriction aucune. L’intention qui ressort de la LIPR est de donner la priorité à la sécurité des Canadiens et l’alinéa 37(1)a, en particulier, tente de lutter contre la criminalité organisée. Des décisions récentes appuient cette interprétation. Dans *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, la Cour fédérale a tenu compte de divers facteurs tels que l’identité, le leadership, des liens hiérarchiques lâches et une structure organisationnelle de base, lorsqu’elle a conclu que deux bandes tamoules étaient des « organisations » au sens de l’alinéa 37(1)a de la LIPR. Ces facteurs sont utiles lorsqu’il faut rendre une décision fondée sur cette disposition, mais aucun d’eux n’est essentiel. Il faut faire preuve de souplesse lorsqu’on décide si les caractéristiques d’un groupe particulier satisfont aux exigences de la LIPR étant donné que les organisations criminelles peuvent prendre différentes formes et qu’elles mènent leurs activités dans la clandestinité. Une telle interprétation du terme « organisation » laisse une certaine latitude à la Commission lorsqu’elle doit décider si un groupe peut être considéré comme étant une organisation au sens de l’alinéa 37(1)a. La Cour fédérale, comme la Commission, a bien tenu compte de la loi et a appliqué correctement le droit exposé dans *Thanaratnam* pour interpréter le terme « organisation ». Elle n’a commis aucune erreur manifeste et dominante en confirmant la conclusion de la Commission selon laquelle la bande A.K. Kannan est une « organisation » au sens de l’alinéa 37(1)a de la LIPR.

La Commission n’est pas liée par des règles de preuve strictes dans le cadre des audiences portant sur l’admissibilité. La preuve est admissible une fois que le tribunal administratif décide qu’elle est crédible et digne de foi. La Commission a considéré que la preuve provenant des sources de la police était crédible et digne de foi dans les circonstances de l’espèce, ce qu’elle pouvait parfaitement faire dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. La Commission se trouve dans une situation unique pour apprécier la crédibilité de la preuve qui lui est présentée dans le cadre d’une audience portant sur

correctly interpreted paragraph 37(1)(a) of the IRPA when reviewing the Board's findings.

l'admissibilité. L'appelant n'a pas démontré que les conclusions de la Commission ou l'acceptation de ces faits par la Cour fédérale étaient abusives ou arbitraires. La Cour fédérale a interprété correctement l'alinéa 37(1)a) de la LIPR lorsqu'elle a examiné les conclusions de la Commission.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 467.1(1) "criminal organization" (as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, c. 32, s. 27).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c.2) (as am. by S.C. 1996, c. 19, s. 83), f) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 27(1)(a) (as am. *idem*, s. 16), d) (as am. *idem* (F)).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), 33, 34, 35, 36, 37, 64(1), 173.
- United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, November 2000, GA Res. 55/25.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Zündel (Re)* (2005), 251 D.L.R. (4th) 511; 44 Imm. L.R. (3d) 279; 2005 FC 295; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101; 44 Imm. L.R. (2d) 309 (F.C.T.D.); *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 301; (2004), 37 Imm. L.R. (3d) 96; 2004 FC 349; revd [2006] 1 F.C.R. 474; (2005), 45 Imm. L.R. (3d) 1; 333 N.R. 233; 2005 FCA 122.

##### CONSIDERED:

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; revd (2007), 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Hussenu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 137; 38 Imm. L.R. (3d) 197; 2004 FC 283.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 467.1(1) «organisation criminelle» (édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 11; 2001, ch. 32, art. 27).
- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, novembre 2000, Rés. AG 55/25.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)c.2) (mod. par L.C. 1996, ch. 19, art. 83), f) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 27(1)a) (mod., *idem*, art. 16), d) (mod., *idem* (F)).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), 33, 34, 35, 36, 37, 64(1), 173.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Zündel (Re)*, 2005 CF 295; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh*, [1998] A.C.F. n° 1147 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51; *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 301; 2004 CF 349; infirmée [2006] 1 R.C.F. 474; 2005 CAF 122.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; infirmée 2007 CSC 9; *Hussenu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 283.

## REFERRED TO:

*Veerasingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1661; *Thuraisingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 251 F.T.R. 282; 40 Imm. L.R. (3d) 145; 2004 FC 607.

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 258 D.L.R. (4th) 303; 50 Imm.L.R. (3d) 289; 279 F.T.R. 211; 2005 FC 1211) upholding a decision of the Immigration and Refugee Board to issue a deportation order against the appellant on the grounds of organized criminality pursuant to paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Barbara L. Jackman* and *Leigh S. Salsberg* for appellant.  
*Meilka Visnic* and *Alison Engel-Yan* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Jackman & Associates*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] LINDEN J.A.: The issue in this appeal is whether the appellant is a member of a criminal organization so as to deny him the right of appeal to the Immigration Appeal Division (the IAD) on the question of whether he is inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] This is an appeal against the decision of the Federal Court, dated September 6, 2005, reported as (2005), 258 D.L.R. (4th) 303, which upheld the decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Board), wherein it issued a deportation order against the appellant on the grounds of organized criminality pursuant to paragraph 37(1)(a) of the IRPA.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Veerasingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1661; *Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 607.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 1211) confirmant la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion contre l'appellant pour criminalité organisée en vertu de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Barbara L. Jackman* et *Leigh S. Salsberg* pour l'appellant.  
*Meilka Visnic* et *Alison Engel-Yan* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Jackman & Associates*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La Cour doit décider en l'espèce si l'appellant est membre d'une organisation criminelle, ce qui l'empêcherait de soumettre en appel à la Section d'appel de l'immigration (la SAI) la question de savoir s'il est interdit de territoire en application de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[2] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision rendue par la Cour fédérale en date du 6 septembre 2005; publiée : 2005 CF 1211. La Cour fédérale a alors confirmé la décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) de prendre une mesure d'expulsion à l'égard de l'appellant pour criminalité organisée au sens de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR.

[3] The following questions were certified by the Judge:

(a) Do the words “being a member of an organization” in paragraph 37(1)(a) of the IRPA include a person who was not a member at the time of reporting but was a member before that time?

(b) What constitutes an “organization” within the meaning of paragraph 37(1)(a) of the IRPA, and does the A.K. Kannan gang fit within that meaning?

[4] The appellant raised an additional issue as to whether the Judge erred in determining that the Board was entitled to consider certain police officers’ reports and testimony, in particular evidence about alleged criminal activity that was not followed by charges or convictions.

#### FACTS

[5] The facts may be briefly summarized. The appellant is a 35-year-old citizen of Sri Lanka. He arrived in Canada in February 1990 and made a successful claim to be a Convention refugee. He became a permanent resident on July 17, 1992.

[6] The appellant has three criminal convictions: (1) failing to comply with a recognizance, dated January 24, 1992; (2) trafficking in a narcotic, dated July 8, 1996; and (3) obstructing a peace officer, dated February 1998. The appellant has also been investigated but never charged for gang-related occurrences for his role in numerous offences which included attempted murder, assault with a weapon, aggravated assault, possession of a weapon dangerous to the public, pointing a firearm and using a firearm to commit an offence, threatening, extortion, and trafficking.

[7] The appellant was identified by the Toronto police as the leader of A.K. Kannan, one of two rival Tamil gangs operating in Toronto. The appellant admitted his former involvement in the gang to police. He also admitted, in a statement to police on April 9, 2001, that his nickname is “A.K. Kannan”, the same name of the group of which he is alleged to be a member.

[3] Les questions suivantes ont été certifiées par le juge :

[TRADUCTION]

a) L’expression « être membre d’une organisation » à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR désigne-t-elle notamment une personne qui n’était pas membre d’une organisation au moment du rapport, mais qui l’était auparavant?

b) Qu’entend-on par « organisation » à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR et la bande A.K. Kannan est-elle une telle organisation?

[4] L’appelant a soulevé aussi la question de savoir si le juge a commis une erreur en décidant que la Commission pouvait tenir compte de certains rapports et témoignages de policiers, en particulier d’éléments de preuve concernant de prétendues activités criminelles qui n’ont pas donné lieu à des accusations ou à des déclarations de culpabilité.

#### LES FAITS

[5] Les faits peuvent être résumés brièvement. L’appelant est un citoyen du Sri Lanka âgé de 35 ans. Il est arrivé au Canada en février 1990 et s’est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. Il est devenu résident permanent le 17 juillet 1992.

[6] L’appelant a été déclaré coupable à trois reprises pour des infractions criminelles : 1) le 24 janvier 1992 pour avoir manqué à un engagement; 2) le 8 juillet 1996 pour trafic de stupéfiant; 3) en février 1998 pour entrave au travail d’un agent de la paix. Il a aussi fait l’objet d’enquêtes quant à son rôle dans de nombreuses infractions commises par une bande—notamment tentative de meurtre, agression armée, voies de fait graves, possession d’une arme dangereuse pour le public, utilisation d’une arme à feu pour commettre une infraction, menaces, extorsion et trafic—qui n’ont toutefois pas mené au dépôt d’accusations contre lui.

[7] La police de Toronto a identifié l’appelant comme étant le chef de la bande A.K. Kannan, l’un des deux groupes tamouls rivaux actifs à Toronto. L’appelant a admis, devant les policiers, avoir déjà fait partie de la bande. Il a aussi reconnu, dans une déclaration faite à la police le 9 avril 2001, que son surnom était « A.K. Kannan », le nom du groupe auquel il appartiendrait.

[8] The appellant was reported under paragraph 27(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16(F)] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed) (the former Act), by virtue of his drug trafficking conviction. He was subsequently reported under paragraph 27(1)(a) [as am. *idem*] and 19(1)(c.2) [as am. by S.C. 1996, c. 19, s. 83] of the former Act as a person for whom there are reasonable grounds to believe is engaged in activity planned and organized by a number of persons acting together to commit criminal offences. The allegation was that the appellant “is or was a member of an organization known as the A.K. Kannan gang”.

[9] An inquiry under the former Act commenced in January 2002. When the IRPA came into force in June 2002, the inquiry continued under sections 36 and 37 of the IRPA. The appellant conceded that he was a person described in section 36 due to his drug trafficking conviction, but he disputed the organized criminality allegation.

[10] The importance of the inquiry to the appellant was that, unless he was found not to be a person described in paragraph 37(1)(a) of the IRPA, the appellant would be deported to Sri Lanka without a right of an appeal to the IAD, having regard to subsection 64(1) of the IRPA.

[11] The Board made a finding on October 4, 2004 that the appellant is inadmissible for organized criminality pursuant to paragraph 37(1)(a) of the IRPA because he was a member of an organization, the A.K. Kannan gang, believed on reasonable grounds to be or have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable by indictment under an Act of Parliament. Being unable to appeal to the IAD, the appellant applied for judicial review to the Federal Court.

[12] On judicial review, the Federal Court Judge upheld the Board’s determination regarding the

[8] L’appelant a fait l’objet d’un rapport en application de l’alinéa 27(1)d) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16(F)] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée) (l’ancienne Loi), en raison de sa déclaration de culpabilité pour trafic de stupéfiant. Il a par la suite fait l’objet d’un autre rapport en application des alinéas 27(1)a) [mod., *idem*] et 19(1)c.2) [mod. par L.C. 1996, ch. 19, art. 83] de l’ancienne Loi parce qu’il y avait des motifs raisonnables de croire qu’il se livrait à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’infractions criminelles. Il était allégué que l’appelant [TRADUCTION] « est ou a été membre d’une organisation connue sous le nom de bande A.K. Kannan ».

[9] Une enquête a été entreprise en vertu de l’ancienne Loi en janvier 2002. Lorsque la LIPR est entrée en vigueur en juin 2002, l’enquête s’est poursuivie sous le régime des articles 36 et 37 de la LIPR. L’appelant a reconnu qu’il était visé à l’article 36 en raison de sa condamnation pour trafic de stupéfiant, mais il a contesté l’allégation relative à la criminalité organisée.

[10] L’enquête était importante pour l’appelant parce que, si l’on considérait qu’il était visé à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR, il serait expulsé vers le Sri Lanka et n’aurait aucun droit d’appel à la SAI en application du paragraphe 64(1) de la LIPR.

[11] Le 4 octobre 2004, la Commission a conclu que l’appelant était interdit de territoire pour criminalité organisée en application de l’alinéa 37(1)a) de la LIPR parce qu’il était membre d’une organisation, la bande A.K. Kannan, dont il y avait des motifs raisonnables de croire qu’elle se livrait ou s’était livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation. Incapable d’interjeter appel à la SAI, l’appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale.

[12] Le juge de la Cour fédérale saisi de cette demande a confirmé la décision de la Commission selon

appellant's inadmissibility to Canada. That decision is the subject of this appeal.

#### STATUTORY SCHEME

[13] The provisions in the IRPA most relevant to this appeal are as follows.

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

...

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

...

37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for:

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

(2) The following provisions govern subsection (1):

(a) subsection (1) does not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the

laquelle l'appelant était interdit de territoire au Canada. C'est cette décision qui fait l'objet du présent appel.

#### LES DISPOSITIONS LÉGALES

[13] Les dispositions de la LIPR les plus pertinentes en l'espèce sont les suivantes :

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

(i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

[...]

33. Les faits—actes ou omissions—mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

[...]

37. (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

(2) Les dispositions suivantes régissent l'application du paragraphe (1) :

a) les faits visés n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le

Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest; and

(b) paragraph (1)(a) does not lead to a determination of inadmissibility by reason only of the fact that the permanent resident or foreign national entered Canada with the assistance of a person who is involved in organized criminal activity.

## ANALYSIS

### Issue No. 1: “being” a member of an organization

[14] The first certified question concerns whether the words in paragraph 37(1)(a) “being a member” include a person who was not a member of a criminal organization at the time of the inadmissibility report, but was a member before that time.

[15] This requires the Court to assess the proper interpretation of the language in paragraph 37(1)(a) of the IRPA. The interpretation of statutes is generally considered to be a question of law; therefore, the standard of review to be applied on this appeal of the case is correctness: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8.

[16] The Federal Court Judge held that paragraph 37(1)(a) includes a person who was a member of a criminal organization before the inadmissibility report. For the following reasons, I agree.

[17] First, this meaning is consistent with the wording of the former Act. Paragraph 19(1)(c.2) of the former Act specifically referred to those who “are or were members”. It read:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c.2) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the

ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national;

b) les faits visés à l’alinéa (1)a) n’emportent pas interdiction de territoire pour la seule raison que le résident permanent ou l’étranger est entré au Canada en ayant recours à une personne qui se livre aux activités qui y sont visées.

## ANALYSE

### Question n° 1 : « être » membre d’une organisation

[14] La première question certifiée consiste à décider si l’expression « être membre » d’une organisation employée à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR désigne notamment une personne qui n’était pas membre d’une organisation criminelle au moment du rapport sur l’interdiction de territoire, mais qui en était membre auparavant.

[15] Pour trancher cette question, la Cour doit déterminer l’interprétation qu’il convient de donner au libellé de l’alinéa 37(1)a) de la LIPR. L’interprétation des lois étant généralement considérée comme une question de droit, c’est la décision correcte qui doit s’appliquer comme norme en l’espèce : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8.

[16] Le juge de la Cour fédérale a conclu que l’alinéa 37(1)a) vise notamment une personne qui était membre d’une organisation criminelle avant de faire l’objet d’un rapport sur l’interdiction de territoire. Je suis aussi de cet avis et ce, pour les raisons qui suivent.

[17] En premier lieu, cette interprétation est conforme au libellé de l’ancienne Loi, dans laquelle l’alinéa 19(1)c.2) faisait expressément mention des personnes qui « sont ou ont été membres » :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

[. . .]

c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles sont ou ont été membres d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une

*Criminal Code or Controlled Drugs and Substances Act* that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

[18] One of Parliament's objectives when enacting the IRPA was to simplify the former Act. Section 33 does just that: it reduces the necessary repetition of the phrases denoting past, present and future membership in the former Act by establishing a "rule of interpretation" that permits a decision maker to consider past, present and future facts when making a determination as to inadmissibility.

[19] If one were to interpret paragraph 37(1)(a) as including only present membership in an organization, it would, in effect, render section 33 redundant. The Board said (at page 49), and I concur, that consideration of evidence of a person's history and future plans would be relevant to the question of whether a person is currently a member of an organization described in section 37, even without codification to such effect in legislation.

[20] In my view, Parliament must have intended section 33 to have some meaning. The language of section 33 is clear that a present finding of inadmissibility, which is a legal determination, may be based on a conclusion of fact as to an individual's past membership in an organization. In other words, the appellant's past membership in the A.K. Kannan gang, a factual determination, can be the basis for a legal inadmissibility finding in the present.

[21] Second, this interpretation is consistent with the purpose of the inadmissibility provisions and the IRPA as a whole. The inadmissibility provisions have, as one of their objectives, the protection of the safety of Canadian society. They facilitate the removal of permanent residents who constitute a risk to Canadian society on the basis of their conduct, whether it be criminality, organized criminality, human or international rights

infraction au *Code criminel* ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait—acte ou omission—qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[18] Le législateur voulait notamment, en adoptant la LIPR, simplifier l'ancienne Loi. C'est exactement ce que fait l'article 33 : il réduit la répétition nécessaire des expressions exprimant l'appartenance passée, présente et future, que l'on trouvait dans l'ancienne Loi, en établissant une « règle d'interprétation » qui permet au décideur de tenir compte de faits passés, présents et futurs pour déterminer si une personne est interdite de territoire.

[19] Si l'on interprétait l'alinéa 37(1)a) comme s'il visait uniquement l'appartenance actuelle à une organisation, l'article 33 serait redondant. La Commission a dit (à la page 49)—et je suis de cet avis—qu'il serait pertinent de tenir compte de la preuve relative au passé d'une personne et à ses projets futurs pour décider si cette personne appartient à une organisation décrite à l'article 37, même si la loi ne le dit pas.

[20] À mon avis, le législateur devait vouloir que l'article 33 ait un certain sens. Le libellé de cette disposition est clair : une conclusion d'interdiction de territoire, laquelle est une conclusion portant sur une question de droit, peut être fondée sur une conclusion de fait concernant l'appartenance passée d'une personne à une organisation. En d'autres termes, le fait que l'appelant a été membre de la bande A.K. Kannan dans le passé—une conclusion de fait—peut servir de fondement à une conclusion de droit d'interdiction de territoire actuelle.

[21] En deuxième lieu, cette interprétation est compatible avec l'objet des dispositions sur l'interdiction de territoire et la LIPR dans l'ensemble. L'un des objectifs des dispositions sur l'interdiction de territoire est la protection de la société canadienne. Ces dispositions facilitent le renvoi de résidents permanents qui constituent un danger pour la société canadienne en raison de leur conduite, parce qu'ils ont commis des

violations, or terrorism. If one were to interpret “being a member” as including only present membership in an organization described in paragraph 37(1)(a), this would have a contrary effect, by narrowing the scope of persons who are declared inadmissible, thereby increasing the potential risk to Canadian safety.

[22] Third, if the Court were to interpret “being a member” as including only current members, it would lead to absurd results that could not have been intended by Parliament. This would mean that sections 34 (terrorism/security), 35 (crimes against humanity), and 37 (organized criminality) of the IRPA, all of which use the wording “being a member” or “being a prescribed senior official,” would only refer to current circumstances.

[23] Such an interpretation would also mean that a former member of the Nazi party in Germany could not be found inadmissible because the Nazi party no longer exists, so that he is no longer a member. It would mean that a member of an international terrorist organization could renounce his or her membership immediately prior to making a refugee claim, and would not be inadmissible because he is not a current member of a terrorist organization. It would also mean that a person who spends 10 years as a member of an organization engaged in criminal activities within Canada could withdraw from the organization before being reported under the IRPA and avoid a finding of inadmissibility.

[24] Fourth, the jurisprudence supports this interpretation. In *Zündel (Re)* (2005), 251 D.L.R. (4th) 511 (F.C.), the Federal Court addressed whether past wrongdoing can constitute the basis for inadmissibility under section 34 of the IRPA. Pursuant to paragraph 34(1)(f), a person can be found to be inadmissible for “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a) [espionnage], (b) [subversion by force of any govern-

actes criminels, des actes de criminalité organisée, qu’ils ont porté atteinte aux droits de la personne ou au droit international ou commis des actes de terrorisme. L’alinéa 37(1)a) aurait l’effet contraire si l’on interprétait l’expression « être membre » comme si elle ne visait que les personnes qui sont actuellement membres d’une organisation décrite dans cette disposition, car on limiterait ainsi les cas où une personne peut être interdite de territoire, ce qui aurait pour effet d’accroître le danger potentiel pour la sécurité du Canada.

[22] En troisième lieu, si la Cour interprétait l’expression « être membre » comme si elle désignait seulement les membres actuels, cela entraînerait des résultats absurdes que le législateur ne peut pas avoir souhaités. Les articles 34 (terrorisme et sécurité), 35 (crimes contre l’humanité) et 37 (criminalité organisée) de la LIPR, qui emploient l’expression « être membre » ou « occuper un poste de rang supérieur », viseraient seulement la situation actuelle.

[23] Une telle interprétation ferait également en sorte qu’un ancien membre du parti nazi en Allemagne ne pourrait pas être déclaré interdit de territoire parce que, le parti nazi ayant disparu, il ne peut plus en être membre. Aussi, un membre d’une organisation terroriste internationale pourrait renoncer à son appartenance immédiatement avant de demander l’asile et éviter ainsi d’être interdit de territoire puisqu’il ne serait plus membre d’une organisation terroriste. De la même façon, une personne qui est membre depuis 10 ans d’une organisation se livrant à des activités criminelles au Canada pourrait se retirer de l’organisation avant de faire l’objet d’un rapport en application de la LIPR et échapper ainsi à une interdiction de territoire.

[24] En quatrième lieu, la jurisprudence appuie mon interprétation. Dans *Zündel (Re)*, 2005 CF 295, la Cour fédérale s’est penchée sur la question de savoir si des actes répréhensibles commis dans le passé peuvent entraîner une interdiction de territoire en application de l’article 34. Aux termes de l’alinéa 34(1)f), le fait d’« être membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte visé aux alinéas a) [espionnage], b) [renversement d’un gouvernement par la force] ou c)

ment] or (c) [terrorism].” Blais J. held (at paragraph 18) that an admissibility determination under section 34 cannot be restricted to present circumstances. Pursuant to section 33, “the [Minister] can provide evidence or information of past, present or anticipated future circumstances of . . . inadmissibility on security grounds.”

[25] More recently, in *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.), appeal to the Supreme Court of Canada [reversed on (2007), 358 N.R. 1, 2007 SCC 9] granted, this Court was concerned with whether there were reasonable grounds to believe that Charkaoui was inadmissible pursuant to section 34 on account of being a member of a terrorist organization. Décary and Létourneau J.J.A. stated (at paragraph 105): “inadmissibility must be based, under section 33 of the IRPA, on the Minister’s reasonable grounds to believe that the acts or omissions referred to in sections 34 to 37 have occurred, are occurring or, if preventive considerations are involved, may occur.”

[26] This issue was also addressed by Russell J. in the decision of *Hussenu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 247 F.T.R. 137 (F.C.). There, Hussenu argued that he was not inadmissible under paragraph 34(1)(f) of the IRPA because he had ceased to be a member of the Eritrean Liberation Front immediately prior to making a refugee claim. The Court denied the appeal, stating (at paragraph 39):

Section 34(1)(f) of IRPA does use the words “being a Member of an organization . . .,” but s. 33 specifically provides that “. . . facts that constitute inadmissibility under ss. 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts from which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.” [emphasis added]. If the Applicant’s argument concerning s. 34(1)(f) were correct on this issue, then s. 34 would not apply to a terrorist who resigns his or her membership in a terrorist organization immediately prior to making a refugee claim. It could not have been Parliament’s intent to exclude such an applicant from the purview of s. 34(1)(f) and s. 33 makes this position clear.

[terrorisme] » emporte interdiction de territoire. Le juge Blais a conclu (au paragraphe 18) qu’une décision concernant l’interdiction de territoire fondée sur l’article 34 ne peut tenir compte seulement de la situation actuelle. « [Le ministre peut], en application de l’article 33 de la [LIPR], apporter les preuves d’événements passés, présents ou anticipés justifiant l’interdiction de territoire [...] pour des raisons de sécurité. »

[25] Plus récemment, dans *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.), [décision inversée en appel par la Cour suprême du Canada, 2007 CSC 9], la Cour s’est demandé s’il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Charkaoui était interdit de territoire en application de l’article 34 en raison de son appartenance à une organisation terroriste. Les juges Décary et Létourneau ont écrit (au paragraphe 105) : « pour fonder l’interdiction de territoire, le ministre doit, aux termes de l’article 33 de la LIPR, avoir des motifs raisonnables de croire que les actes ou omissions mentionnés aux articles 34 à 37 sont survenus, sont en train de survenir ou, et il s’agit là de l’aspect préventif, peuvent survenir. »

[26] La question a également été examinée par le juge Russell dans *Hussenu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 283. Dans cette affaire, M. Hussenu prétendait qu’il n’était pas interdit de territoire en application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR parce qu’il avait cessé d’être membre du Front de libération de l’Érythrée juste avant de demander l’asile. La Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire et a statué (au paragraphe 39) :

À l’alinéa 34(1)f) de la LIPR se trouvent de fait les mots « membre d’une organisation [...] » mais à l’article 33, il est expressément prévu que « [l]es faits—actes ou omissions—mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu’ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir » [non souligné dans l’original]. Si l’argument du demandeur concernant l’alinéa 34(1)f) était exact sur ce point, l’article 34 ne s’appliquerait pas au terroriste qui cesse d’être membre d’une organisation terroriste juste avant de demander l’asile. Il ne se peut pas que le législateur ait eu l’intention d’exclure pareil demandeur du champ d’application de l’alinéa 34(1)f) et l’article 33 le montre clairement.

[27] The appellant submits that an interpretation of paragraph 37(1)(a) as including past members would not permit absolution for persons who were associated with criminal organizations in the past, realized that it is not what they wanted to do with their life, and genuinely withdrew without having engaged in criminal activity.

[28] This argument is not persuasive. Subsection 37(2) of the IRPA is intended to alleviate the harshness of the inadmissibility rule where, as the appellant suggests, there is evidence of a person's genuine withdrawal from membership. Provided the permanent resident can satisfy the Minister that his or her presence in Canada would not be detrimental to the national interest, the inadmissibility rule in paragraph 37(1)(a) could be overcome.

[29] Based on all of the above, I answer the first certified question in the affirmative.

Issue No. 2: The meaning of "organization"

[30] The second certified question in this appeal requires the Court to determine what constitutes an "organization" within the meaning of paragraph 37(1)(a), and in particular, does the A.K. Kannan gang fit within that meaning?

[31] The answer to the first part of the question, the proper meaning of the word "organization" in view of paragraph 37(1)(a), is a legal determination and is to be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at paragraph 8.

[32] The answer to the second part of the question, whether the A.K. Kannan gang falls within the meaning of "organization" for the purposes of paragraph 37(1)(a), is a mixed question of fact and law; it involves applying the legal standard to the facts and evidence in each particular case. In *Housen*, at paragraph 36, the Supreme Court said:

Matters of mixed fact law lie along a spectrum. Where, for instance, an error . . . can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be

[27] L'appelant fait valoir que, si l'alinéa 37(1)a) englobait les anciens membres, les personnes qui auraient été associées à des organisations criminelles dans le passé et qui, après s'être rendu compte que ce n'est pas ce qu'elles voulaient dans la vie, s'en seraient véritablement retirées sans s'être livrées à des activités criminelles ne pourraient jamais obtenir une absolution.

[28] Cet argument n'est pas convaincant. Le paragraphe 37(2) de la LIPR a pour but d'atténuer la sévérité de la règle d'interdiction de territoire lorsque, comme l'appelant le laisse entendre, la preuve démontre qu'une personne s'est véritablement retirée d'une organisation. Un résident permanent peut se soustraire à la règle d'interdiction de territoire prévue à l'alinéa 37(1)a) s'il convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[29] Compte tenu de tout ce qui précède, je réponds par l'affirmative à la première question certifiée.

Question n° 2 : la signification du terme « organisation »

[30] La deuxième question certifiée dans le présent appel exige de la Cour qu'elle détermine ce qu'est une « organisation » au sens de l'alinéa 37(1)a) et, plus particulièrement, si la bande A.K. Kannan est une telle organisation.

[31] La réponse à la première partie de la question, à savoir la signification du terme « organisation » employé à l'alinéa 37(1)a), est une conclusion de droit et est assujettie, quant à la norme de contrôle, à la décision correcte : *Housen*, au paragraphe 8.

[32] La deuxième partie de la question—la bande A.K. Kannan est-elle une « organisation » au sens de l'alinéa 37(1)a)?—est une question mixte de fait et de droit, qui exige que la norme juridique soit appliquée aux faits et à la preuve de chaque cas. Dans *Housen*, la Cour suprême a écrit au paragraphe 36 :

Les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre. Lorsque, par exemple, [une] conclusion [. . .] est entachée d'une erreur imputable à l'application d'une norme incorrecte, à l'omission de tenir compte d'un élément essentiel

characterized as an error of law, subject to a standard of correctness. . . . Where the legal principle is not readily extractable, then the matter is one of “mixed law and fact” and is subject to a more stringent standard. The general rule, as stated in *Jaegli Enterprises, supra*, is that, where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

[33] Unless this Court finds that the Judge incorrectly characterized the law as regards paragraph 37(1)(a), the Judge’s decision that the A.K. Kannan gang falls within the meaning of “organization” will not be reviewed in the absence of a palpable and overriding error: *Housen*, at paragraph 10.

(a) The legal question: meaning of “organization”

[34] The word “organization” is not defined in the IRPA. The appellant submits that the lack of a statutory definition creates a danger of courts over-reaching to cover the broadest range of criminal action that may appear to be taken in association with others. According to the appellant, a precise definition is required given the serious consequences of inadmissibility and the fact that membership alone constitutes inadmissibility. In reliance on international law and criminal jurisprudence, the appellant argues that for the purpose of paragraph 37(1)(a), an “organization” must, at minimum, have a common criminal purpose and a sufficient structure to allow the benefits of its illegal conduct to be shared.

[35] In contrast with this submission, in the case of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), Rothstein J., as he then was, held that the term “member” (of an organization), found in subparagraph 19(1)(f)(iii) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the former Act, dealing with terrorism and espionage threats to Canadian security, was to be given an unrestricted and broad

d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte [. . .] Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale énoncée dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

[33] À moins que la Cour conclue que le juge a erré en interprétant le droit édicté par l’alinéa 37(1)a), la décision du juge selon laquelle la bande A.K. Kannan est une « organisation » ne sera contrôlée que si la Cour relève dans la décision une erreur manifeste et dominante : *Housen*, au paragraphe 10.

a) La question de droit : la signification du terme « organisation »

[34] Le terme « organisation » n’est pas défini dans la LIPR. L’appelant soutient que l’absence d’une définition dans la loi peut amener les tribunaux à donner à ce terme une plus grande portée pour qu’il englobe le plus grand nombre d’activités criminelles qui puissent sembler être menées de concert avec d’autres personnes. Selon l’appelant, une définition précise est nécessaire vu les conséquences graves rattachées à l’interdiction de territoire et le fait que la simple appartenance entraîne l’interdiction de territoire. S’appuyant sur le droit international et la jurisprudence en matière pénale, l’appelant prétend que, pour l’application de l’alinéa 37(1)a), une « organisation » doit à tout le moins avoir un but criminel commun et une structure suffisante permettant le partage des bénéfices tirés de ses activités illégales.

[35] Or, dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Singh*, [1998] A.C.F. n° 1147 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Rothstein, maintenant juge à la Cour suprême, a conclu que le terme « membre » (d’une organisation), employé au sous-alinéa 19(1)f)(iii) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de l’ancienne Loi, qui avait trait à la menace du terrorisme et de l’espionnage pour la sécurité du Canada, devait être interprété d’une

interpretation. He said, at paragraph 52:

The context in immigration legislation is public safety and national security, the most serious concerns of government. It is trite to say that terrorist organizations do not issue membership cards. There is no formal test for membership and members are not easily identifiable. . . . I think it is obvious that Parliament intended the term “member” to be given an unrestricted and broad interpretation. I find no support for the view that a person is not a member as contemplated by the provision if he or she became a member after the organization stopped engaging in terrorism.

[36] In my view, the same “unrestricted and broad” interpretation should be given to the word “organization” as it is used in paragraph 37(1)(a). The IRPA signifies an intention, above all, to prioritize the security of Canadians. This was confirmed by the Supreme Court of Canada in the decision of *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 10:

The objectives as expressed in the *IRPA* indicate an intent to prioritize security. This objective is given effect by preventing the entry of applicants with criminal records, by removing applicants with such records from Canada, and by emphasizing the obligation of permanent residents to behave lawfully while in Canada. . . . the objectives of the *IRPA* and its provisions concerning permanent resident, communicate a strong desire to treat criminals and security threats less leniently than under the former Act.

[37] Paragraph 37(1)(a) appears to be an attempt to tackle organized crime, in recognition of the fact that non-citizen members of criminal organizations are as grave a threat as individuals who are convicted of serious criminal offences. It enables deportation of members of criminal organizations who avoid convictions as individuals but may nevertheless be dangerous.

[38] Recent jurisprudence supports this interpretation. In *Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and*

façon libérale et sans restriction. Il a dit au paragraphe 52 :

Le contexte, en ce qui concerne la législation en matière d’immigration, est la sécurité publique et la sécurité nationale, soit les principales préoccupations du gouvernement. Il va sans dire que les organisations terroristes ne donnent pas de cartes de membres. Il n’existe aucun critère formel pour avoir qualité de membre et les membres ne sont donc pas facilement identifiables [. . .] Je crois qu’il est évident que le législateur voulait que le mot « membre » soit interprété d’une façon libérale, sans restriction aucune. Je ne souscris pas à l’avis selon lequel une personne n’est pas un membre au sens de la disposition si elle a adhéré à l’organisation une fois que cette dernière a mis fin à ses activités terroristes.

[36] À mon avis, le terme « organisation » employé à l’alinéa 37(1)a) devrait recevoir la même interprétation « libérale, sans restriction aucune ». L’intention qui ressort de la LIPR est avant tout de donner la priorité à la sécurité des Canadiens. C’est d’ailleurs ce qu’a confirmé la Cour suprême du Canada dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 10 :

Les objectifs explicites de la *LIPR* révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. Pour réaliser cet objectif, il faut empêcher l’entrée au Canada des demandeurs ayant un casier judiciaire et renvoyer ceux qui ont un tel casier, et insister sur l’obligation des résidents permanents de se conformer à la loi pendant qu’ils sont au Canada [. . .] les objectifs de la *LIPR* et de ses dispositions relatives aux résidents permanents traduisent la ferme volonté de traiter les criminels et les menaces à la sécurité avec moins de clémence que le faisait l’ancienne Loi.

[37] L’alinéa 37(1)a) semble être une tentative pour lutter contre la criminalité organisée, eu égard au fait que les non-citoyens membres d’organisations criminelles constituent une menace aussi grande que les personnes qui sont déclarées coupables d’infractions criminelles graves. Il permet l’expulsion de membres d’organisations criminelles qui ne sont pas déclarés coupables en tant qu’individus mais qui représentent néanmoins un danger.

[38] Des décisions récentes appuient cette interprétation. Dans *Thanaratnam c. Canada (Ministre de la*

*Immigration*), [2004] 3 F.C.R. 301 (F.C.), reversed on other grounds, [2006] 1 F.C.R. 474 (F.C.A.), O'Reilly J. took into account various factors when he concluded that two Tamil gangs (one of which was the A.K. Kannan gang at issue here) were "organizations" within the meaning of paragraph 37(1)(a) of the IRPA. In his opinion, the two Tamil groups had "some characteristics of an organization", namely "identity, leadership, a loose hierarchy and a basic organizational structure" (at paragraph 31). The factors listed in *Thanaratnam*, as well as other factors, such as an occupied territory or regular meeting locations, both factors considered by the Board, are helpful when making a determination under paragraph 37(1)(a), but no one of them is essential.

[39] These criminal organizations do not usually have formal structures like corporations or associations that have charters, by-laws or constitutions. They are usually rather loosely and informally structured, which structures vary dramatically. Looseness and informality in the structure of a group should not thwart the purpose of the IRPA. It is, therefore, necessary to adopt a rather flexible approach in assessing whether the attributes of a particular group meet the requirements of the IRPA given their varied, changing and clandestine character. It is, therefore, important to evaluate the various factors applied by O'Reilly J. and other similar factors that may assist to determine whether the essential attributes of an organization are present in the circumstances. Such an interpretation of "organization" allows the Board some flexibility in determining whether, in light of the evidence and facts before it, a group may be properly characterized as such for the purposes of paragraph 37(1)(a).

[40] With respect to the appellant's argument that criminal jurisprudence and international instruments should inform the meaning of a criminal "organization", I disagree. Although these materials can be helpful as interpretive aides, they are not directly applicable in the immigration context. Parliament deliberately chose not

*Citoyenneté et de l'Immigration*), [2004] 3 R.C.F. 301 (C.F.), décision infirmée pour d'autres motifs, [2006] 1 R.C.F. 474 (C.A.F.), le juge O'Reilly a tenu compte de divers facteurs lorsqu'il a conclu que deux bandes tamoules (dont la bande A.K. Kannan en cause en l'espèce) étaient des « organisations » au sens de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR. À son avis, les deux groupes tamouls avaient « certaines caractéristiques d'une organisation », à savoir « l'identité, le leadership, des liens hiérarchiques lâches et une structure organisationnelle de base » (au paragraphe 31). Les facteurs énumérés dans *Thanaratnam*, ainsi que d'autres facteurs comme l'occupation d'un territoire ou la tenue de réunions régulières dans un endroit donné—deux facteurs pris en considération par la Commission—sont utiles lorsqu'il faut rendre une décision fondée sur l'alinéa 37(1)a), mais aucun d'eux n'est essentiel.

[39] Ces organisations criminelles n'ont généralement pas une structure formelle comme une société commerciale ou une association qui est dotée d'une charte, de règlements ou d'un acte constitutif. Elles sont habituellement peu structurées et leur organisation varie énormément. L'absence de structure et le caractère informel d'un groupe ne devraient pas cependant contrecarrer l'objet de la LIPR. C'est pour cette raison qu'il faut faire preuve de souplesse lorsqu'on décide si les caractéristiques d'un groupe particulier satisfont aux exigences de la LIPR étant donné que pareil groupe peut prendre différentes formes et qu'il mène ses activités dans la clandestinité. Il est donc important d'évaluer les différents facteurs utilisés par le juge O'Reilly ainsi que d'autres facteurs semblables qui peuvent aider à déterminer si les caractéristiques essentielles d'une organisation existent dans les circonstances. Une telle interprétation du terme « organisation » laisse une certaine latitude à la Commission lorsqu'elle doit décider si, à la lumière de la preuve et des faits dont elle dispose, un groupe peut être considéré comme étant une organisation au sens de l'alinéa 37(1)a).

[40] En ce qui concerne l'argument de l'appellant selon lequel il faut se servir de la jurisprudence en matière pénale et des instruments internationaux pour savoir ce qu'est une « organisation » criminelle, je n'y souscris pas. Ces documents peuvent servir d'outils d'interprétation, mais ils ne sont pas directement

to adopt the definition of “criminal organization” as it appears in subsection 467.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, s. 32, s. 27] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Nor did it adopt the definition of “organized criminal group” in the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* [November 2000, GA Res. 55/25] (the Convention). The wording in paragraph 37(1)(a) is different, because its purpose is different.

[41] In this case, the Judge, as did the Board, correctly considered the legislation and applied the law as set out in *Thanaratnam*, in the interpretation of the term “organization.” Accordingly, I find no error of law relating to the first part of the certified question.

(b) The factual question: on the facts of this case, is the A.K. Kannan gang an “organization”?

[42] With respect to the second part of the certified question, the appellant argues that the Judge committed a palpable and overriding error when he upheld the Board’s decision that the A.K. Kannan gang is an organization within the meaning of paragraph 37(1)(a). I disagree.

[43] The Board considered the evidence before it and found that there were six relevant *indicia* of “organization” for the A.K. Kannan gang in this case: leadership, an elementary form of hierarchy, the giving of instructions from a leader, a specific and identifying name, an occupied territory, and chosen locations for meeting within their specified territory in Ontario. The Board concluded that all of the evidence taken together was sufficient to conclude that A.K. Kannan was an organization, and the Judge, considering the evidence related to most of the same factors, upheld this decision.

[44] The appellant submits that the Board ignored his testimony that there was no organization and ignored a report prepared for the Canadian Tamil Youth

applicables en matière d’immigration. Le législateur a délibérément choisi de ne pas adopter la définition d’« organisation criminelle » qui figure au paragraphe 467.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 23, art. 11; 2001, ch. 32, art. 27] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il n’a pas non plus adopté la définition de « groupe criminel organisé » de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* [novembre 2000, Rés. AG 55/25] (la Convention). Le libellé de l’alinéa 37(1)a) est différent parce que son objet est différent.

[41] En l’espèce, le juge, comme la Commission, a bien tenu compte de la loi et a appliqué correctement le droit exposé dans *Thanaratnam*, pour interpréter le terme « organisation ». Par conséquent, aucune erreur de droit n’a été commise relativement à la première partie de la question certifiée.

b) La question de fait : compte tenu des faits en l’espèce, la bande A.K. Kannan est-elle une « organisation »?

[42] En ce qui concerne la deuxième partie de la question certifiée, l’appelant prétend que le juge a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’il a confirmé la décision de la Commission selon laquelle la bande A.K. Kannan est une organisation au sens de l’alinéa 37(1)a). Je ne suis pas de cet avis.

[43] La Commission a examiné la preuve qui lui avait été présentée et a conclu qu’il y avait six indices pertinents qui permettaient de croire que la bande A.K. Kannan était une « organisation » en l’espèce : un commandement, une forme élémentaire de hiérarchie, des instructions données par un chef, une identité propre, l’occupation d’un territoire et des lieux de rencontre dans les limites du territoire de la bande en Ontario. La Commission a considéré que la preuve prise dans son ensemble lui permettait de conclure que la bande A.K. Kannan était une organisation, et le juge, prenant en considération la preuve relative à la plupart de ces facteurs, a confirmé cette décision.

[44] L’appelant soutient que la Commission n’a pas tenu compte de son témoignage selon lequel il n’y avait pas d’organisation, ni d’un rapport préparé par le

Development Centre (the CTYDC report), which characterizes Tamil gangs as loose associations with no organizational structure.

[45] The Board concluded that the appellant was not a credible witness, and gave detailed reasons for its conclusion. Further, the Board considered the CTYDC report and discussed it within its reasons. The Board was entitled to weigh the report and give it little effect in the context of the conflicting evidence. The appellant has failed to show that the Board's decision was perverse or irrational.

[46] Accordingly, the Judge did not commit any palpable and overriding error in upholding the Board's finding that the A.K. Kannan gang is an "organization" within the meaning of paragraph 37(1)(a) of the IRPA.

### Issue 3: Evidence of Organized Criminal Activity

[47] Paragraph 37(1)(a) of the IRPA applies where an organization of which one is a member is believed on reasonable grounds to be or have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment.

[48] The appellant argues that the Judge erred when he held that the Board was entitled to give weight to the police reports of criminal activity, unsubstantiated by conviction, as evidence of his, or the organization's, involvement in criminal activity.

[49] In admissibility hearings the Board is not bound by the strict rules of evidence. Once the tribunal determines that the evidence is credible and trustworthy then it is admissible, and the question of how the evidence was obtained becomes relevant merely as to the weight attached to the evidence: section

Canadian Tamil Youth Development Centre (le rapport du CTYDC) selon lequel les bandes tamoules sont des associations informelles et sans structure organisationnelle.

[45] La Commission a conclu que l'appellant n'était pas un témoin crédible et a expliqué en détail les motifs de sa conclusion. En outre, elle a analysé le rapport du CTYDC dans ses motifs. La Commission pouvait sopeser le rapport et lui accorder peu de poids dans le contexte de la preuve contradictoire. L'appellant n'a pas réussi à démontrer que la décision de la Commission était abusive ou déraisonnable.

[46] Par conséquent, le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en confirmant la conclusion de la Commission selon laquelle la bande A.K. Kannan est une « organisation » au sens de l'alinéa 37(1)a) de la LIPR.

### Question n° 3 : la preuve relative aux activités de criminalité organisée

[47] L'alinéa 37(1)a) de la LIPR s'applique lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une organisation dont une personne est membre se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation.

[48] L'appellant prétend que le juge a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la Commission pouvait accorder de l'importance aux rapports de police concernant des activités criminelles qui ne s'étaient pas soldées par des déclarations de culpabilité et considérer que ces rapports prouvaient la participation de l'appellant ou celle de l'organisation à des activités criminelles.

[49] La Commission n'est pas liée par des règles de preuve strictes dans le cadre d'audiences portant sur l'admissibilité. Une fois que le tribunal administratif décide que la preuve est crédible et digne de foi, celle-ci est admissible et la question de savoir comment elle a été obtenue est pertinente seulement pour déterminer le

173 of the IRPA.

[50] The jurisprudence of this Court indicates that evidence surrounding withdrawn or dismissed charges can be taken into consideration at an immigration hearing. However, such charges cannot be used, in and of themselves, as evidence of an individual's criminality: see, for example, *Veerasingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1661, at paragraph 11; *Thuraisingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 251 F.T.R. 282 (F.C.), at paragraph 35.

[51] In this regard, I agree with the Judge that the Board did not rely on the police source evidence as evidence of the appellant's wrongdoing. Rather, it considered the circumstances underlying the charges and contemplated charges—including the frequency of the appellant's interactions with the police and the fact that others involved were often gang members—to establish that there are “reasonable grounds to believe,” a standard that is lower than the civil standard, that the A.K. Kannan gang engages in the type of activity set out in paragraph 37(1)(a).

[52] The appellant also submits that the police source evidence in this case is not credible and reliable evidence. Many of the police reports were made before a proper investigation, and were not supported by the testimony of the police officers and witnesses that were involved. Further, the appellant argues that the evidence hinted that the police lacked objectivity; that their view of the appellant was biased.

[53] In this regard, I find that the Board considered the police source evidence credible and trustworthy in the circumstances of the case, and such a decision is entirely within its discretion. The Board is uniquely situated to assess credibility of evidence in an inadmissibility hearing; credibility determinations are entitled to considerable deference upon judicial review and cannot be overturned unless they are perverse, capricious or made without regard to the evidence: *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [section 1 (as

poids qu'il convient d'y accorder : article 173 de la LIPR.

[50] Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la preuve relative à des accusations qui ont été retirées ou rejetées peut être prise en considération lors des audiences en matière d'immigration. Ces accusations ne peuvent toutefois pas être utilisées comme seule preuve de la criminalité d'une personne : voir, par exemple, *Veerasingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1661, au paragraphe 11; *Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 607, au paragraphe 35.

[51] À cet égard, je suis d'accord avec le juge que la Commission n'a pas considéré la preuve recueillie par la police comme une preuve de la conduite répréhensible de l'appelant. La Commission a plutôt tenu compte des circonstances sous-tendant les accusations qui ont été portées ou qui ont été envisagées—notamment la fréquence des démêlés de l'appelant avec la police et le fait que d'autres personnes impliquées étaient souvent des membres de la bande—pour démontrer qu'il existait des « motifs raisonnables de croire », une norme moins rigoureuse que la norme applicable en matière civile, que la bande A.K. Kannan se livrait au genre d'activités décrites à l'alinéa 37(1)a).

[52] L'appelant prétend également que la preuve recueillie par la police en l'espèce n'est pas crédible et digne de foi. Bon nombre des rapports de police ont été rédigés avant qu'une enquête appropriée soit menée et n'étaient pas étayés par le témoignage des policiers et des témoins concernés. L'appelant ajoute que la preuve semble indiquer que la police manquait d'objectivité ou, en d'autres termes, que son opinion sur lui était biaisée.

[53] À cet égard, je constate que la Commission a considéré que la preuve provenant des sources de la police était crédible et digne de foi dans les circonstances de l'espèce, ce qu'elle pouvait parfaitement faire dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. La Commission se trouve dans une situation unique pour apprécier la crédibilité de la preuve qui lui est présentée dans le cadre d'une audience portant sur l'admissibilité; les conclusions relatives à la crédibilité doivent faire l'objet d'une grande déférence dans le cadre d'un

am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27].

[54] The appellant has not demonstrated that the Board's findings, or the Judge's acceptance of those facts, were perverse or capricious. Therefore, I find no reviewable error in respect of this issue.

[55] I am satisfied that the Judge correctly interpreted paragraph 37(1)(a) of the IRPA when reviewing the Board's findings. I would answer the certified questions as follows:

(a) The phrase "being a member of an organization" in paragraph 37(1)(a) of the IRPA includes a person who was not a member at the time of the reporting, but was a member before that time.

(b) The word "organization", as it is used in paragraph 37(1)(a) of the IRPA, is to be given a broad and unrestricted interpretation. While no precise definition can be established here, the factors listed by O'Reilly J. in *Thanaratnam*, by the Board member, and possibly others, are helpful when making a determination, but no one of them is an essential element. The structure of criminal organizations is varied, and the Board must be given flexibility to evaluate all of the evidence in the light of the legislative purpose of the IRPA to prioritize security in deciding whether a group is an organization for the purpose of paragraph 37(1)(a). The A.K. Kannan gang, as found by the Board and the Judge, fits within this meaning.

[56] For these reasons, I would dismiss the appeal.

NADON J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

contrôle judiciaire et elles ne peuvent être infirmées que si elles sont abusives ou arbitraires ou ont été tirées sans qu'il soit tenu compte de la preuve : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [article 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], alinéa 18.1(4)d [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27].

[54] L'appelant n'a pas démontré que les conclusions de la Commission ou l'acceptation de ces faits par le juge étaient abusives ou arbitraires. Par conséquent, je ne relève aucune erreur susceptible de contrôle à l'égard de cette question.

[55] Je suis convaincu que le juge a interprété correctement l'alinéa 37(1)a de la LIPR lorsqu'il a examiné les conclusions de la Commission. Je serais d'avis de répondre ce qui suit aux questions certifiées :

a) l'expression « être membre d'une organisation » à l'alinéa 37(1)a de la LIPR désigne notamment une personne qui n'était pas membre d'une organisation au moment du rapport, mais qui en était membre auparavant;

b) le terme « organisation », employé à l'alinéa 37(1)a de la LIPR, doit être interprété d'une façon libérale et sans restriction. Bien qu'aucune définition précise ne puisse être formulée en l'espèce, les facteurs énumérés par le juge O'Reilly dans *Thanaratnam* par le commissaire et peut-être aussi par d'autres personnes sont utiles, mais aucun d'eux n'est essentiel. La structure des organisations criminelles varie, et la Commission doit disposer d'une certaine latitude pour apprécier l'ensemble de la preuve à la lumière de l'objet de la LIPR—donner la priorité à la sécurité—lorsqu'elle décide si un groupe est une organisation aux fins de l'application de l'alinéa 37(1)a. Comme la Commission et le juge l'ont conclu, la bande A.K. Kannan est une telle organisation.

[56] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

IMM-7625-05  
2006 FC 1314

IMM-7625-05  
2006 CF 1314

**Tao Sui** (*Applicant*)

**Tao Sui** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*intimé*)

*INDEXED AS: SUI v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : SUI c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)*

Federal Court, Gauthier J.—Vancouver, July 18; Montréal, October 30, 2006.

Cour fédérale, juge Gauthier—Vancouver, 18 juillet; Montréal, 30 octobre 2006.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Judicial review of decision of Minister's delegate to issue exclusion order based on Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 41(a), 29(2) — Applicant's study permit expired July 31, 2005 — As work permit application subsequently denied, applicant continuing studies — Applied within 90 days of expiry of study permit to have temporary resident status restored pursuant to IRP Regulations, s. 182 — Two inadmissibility reports issued under IRPA, s. 44(1) but only report involving IRPA, ss. 41(a), 29(2) considered by Minister's delegate before issuing exclusion order — Minister's delegate's decision not referring to application for restoration of status — Officer reviewing IRP Regulations, s. 182 application, must restore status if applicant meeting initial requirements of stay, all other conditions imposed — No evidence applicant failing to comply with Act, Regulations other than failure to leave Canada when status expired — Minister's delegate's decision set aside — Error of law to consider applicant not entitled to apply for status restoration simply because IRPA, s. 44(1) report issued after application filed — Questions regarding consideration of application for restoration by Minister's delegate certified — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Contrôle judiciaire de la décision d'un délégué du ministre de prendre une mesure d'exclusion fondée sur les art. 41 et 29(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le permis d'études du demandeur a expiré le 31 juillet 2005 — Comme sa demande de permis de travail a été rejetée par la suite, le demandeur a poursuivi ses études — Le demandeur a présenté une demande de rétablissement de son statut de résident temporaire en application de l'art. 182 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) dans les 90 jours suivant l'expiration de son permis d'études — Deux rapports d'interdiction de territoire ont été établis en application de l'art. 44(1) de la LIPR, mais le délégué du ministre a seulement pris en considération le rapport fondé sur les art. 41 et 29(2) de la LIPR avant de prendre une mesure d'exclusion — Dans sa décision, le délégué du ministre ne mentionnait pas la demande de rétablissement du statut — L'art. 182 du Règlement dispose que l'agent rétablit le statut s'il est établi que le demandeur satisfait aux exigences initiales de sa période de séjour et qu'il s'est conformé à toute autre condition imposée — La preuve ne permettait nullement de penser que le demandeur n'avait pas satisfait à la LIPR ou au Règlement, à l'exception du fait qu'il n'avait pas quitté le Canada au moment de l'expiration de son statut — La décision du délégué du ministre a été annulée — Une erreur de droit a été commise lorsqu'on a jugé que le demandeur n'avait pas le droit de présenter une demande de rétablissement simplement parce qu'un rapport a été rédigé en vertu de l'art. 44(1) de la LIPR après le dépôt de sa demande — Des questions concernant l'examen de la demande de rétablissement par le délégué du ministre ont été certifiées — Demande accueillie.*

*Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 182 — Judicial review of decision of Minister's delegate to issue exclusion order based on Immigration and Refugee Protection Act, ss. 41(a), 29(2) —*

*Interprétation des lois — Art. 182 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) — Contrôle judiciaire de la décision d'un délégué du ministre de prendre une mesure d'exclusion fondée sur les art. 41 et 29(2)*

*Objectives of IRPA, s. 3(1)(g) regarding temporary resident status to facilitate entry of visitors, students, temporary workers — Objectives to be balanced with CIC's programs, need to promote due compliance with IRPA obligations — Applying basic principles of statutory interpretation, Minister's delegate having discretion, even duty under IRPA, s. 44(2) to consider fact applicant had applied for status restoration before IRPA, s. 44(1) report issued there against for failure to leave Canada after expiry of status.*

This was an application for judicial review of the decision of a Minister's delegate to issue an exclusion order based on paragraph 41(a) and subsection 29(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The applicant, a Chinese citizen, studied in Canada for several years as a temporary resident on a study permit, the last extension of which was valid until July 31, 2005. Before his study permit expired, the applicant had applied for a work permit but the application was denied by Citizenship and Immigration Canada (CIC) on October 3, 2005 in a letter received on October 15. Not permitted to work, the applicant continued to pursue his studies and, within 90 days of the expiration of his study permit and within 90 days of losing his temporary resident status, applied to have his status restored under section 182 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations). Subsequently, he was placed in detention and two inadmissibility reports were issued under subsection 44(1) of the IRPA. Only the one based on IRPA, paragraph 41(a) (non-compliance with the Act) and subsection 29(2) (failure to comply with conditions imposed) were considered by the Minister's delegate before he issued the exclusion order. In his decision which included a checklist, the Minister's delegate did not refer to the fact that the applicant had applied for restoration of his status before the inadmissibility reports were issued even though the enforcement officer had commented on that application's status in his observations addressed to the delegate. The applicant was released from detention and later received from CIC an acknowledgment of receipt of his application for restoration and the processing fees. No decision thereon was ever made. The applicant left Canada in March 2006.

The issue was whether the Minister's delegate had the discretion to consider the applicant's application for restoration of temporary resident status when he excluded the applicant under subsection 44(2) of the IRPA.

*de la LIPR — L'art. 3(1)(g) de la LIPR précise que l'objet de la Loi quant au statut de résident permanent est de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires — Cet objectif doit être équilibré par les programmes de CIC et la nécessité de promouvoir le respect des diverses obligations prévues par la LIPR — Il ressort de l'application des principes de base de l'interprétation des lois que le délégué du ministre avait le pouvoir discrétionnaire, et même l'obligation, en vertu de l'art. 44(2) de la LIPR, de tenir compte du fait que le demandeur avait demandé le rétablissement de son statut bien avant de faire l'objet d'un rapport rédigé en vertu de l'art. 44(1) parce qu'il avait omis de quitter le Canada à la fin de son séjour autorisé.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un délégué du ministre de prendre une mesure d'exclusion fondée sur l'article 41 et le paragraphe 29(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Le demandeur, un citoyen de la Chine, a étudié au Canada pendant plusieurs années à titre de résident temporaire titulaire d'un permis d'études; la dernière prorogation de son permis le rendait valide jusqu'au 31 juillet 2005. Avant l'expiration de son permis d'études, le demandeur a présenté une demande de permis de travail. Toutefois, le 15 octobre, le demandeur a reçu une lettre de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) datée du 3 octobre 2005 l'informant que sa demande de permis de travail avait été rejetée. Comme il ne pouvait pas travailler, le demandeur a poursuivi ses études et, dans les 90 jours suivant l'expiration de son permis d'études et dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aurait perdu son statut de résident temporaire, il a présenté une demande de rétablissement de son statut en application de l'article 182 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement). Par la suite, il a été détenu et deux rapports d'interdiction de territoire ont été établis en application du paragraphe 44(1) de la LIPR. Le délégué du ministre a seulement pris en considération le rapport fondé sur l'article 41 (non-respect de la LIPR) et le paragraphe 29(2) (défaut de se conformer aux conditions imposées) avant de prendre la mesure d'exclusion. Le délégué du ministre n'a pas indiqué dans sa décision, qui contenait une liste de contrôle, que le demandeur avait demandé le rétablissement de son statut avant que les rapports d'interdiction de territoire ne soient établis, même si l'agent d'exécution avait fait des commentaires à cet égard dans ses observations adressées au délégué du ministre. Le demandeur a été mis en liberté et a ensuite reçu de CIC un accusé de réception de sa demande de rétablissement et des frais de traitement. Il n'a jamais été statué sur cette demande. Le demandeur a quitté le Canada en mars 2006.

La question litigieuse était de savoir si le délégué du ministre avait le pouvoir discrétionnaire l'autorisant à tenir compte de la demande de rétablissement du statut de résident temporaire lorsqu'il a exclu l'appelant en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR.

*Held*, the application should be allowed.

In order to apply for restoration, a visitor, worker or student must not have lost his temporary resident status for longer than 90 days as a result of one of the events listed in section 182, including the failure to leave Canada after the period authorized for their stay (paragraph 185(a)). The officer reviewing such an application has no discretion and must restore the status of the applicant if he is satisfied that the applicant meets the initial requirements for his or her stay and has not failed to comply with any other conditions imposed. The initial requirements for the issuance of a temporary resident visa are set out in section 179 of the Regulations and paragraph 179(e) states that a foreign resident must establish that he is not inadmissible. In the present case, there was no evidence that the applicant had failed to comply with any initial requirement for his stay or condition other than that he had not left Canada when his status expired.

There was no indication as to whether the Minister's delegate considered the existence of the applicant's application for restoration during the interview. It could not be inferred that the Minister's delegate was not aware of it or did not consider it simply because it wasn't referred to in the checklist. The Minister's delegate was presumed to have known about the application and that the enforcement officer did not consider that the applicant was entitled to the benefit of section 182. It could only be inferred that the Minister's delegate issued his order because he was of the opinion that the report under subsection 44(1) was well founded.

The relevant objective of the IRPA was found at paragraph 3(1)(g), which states that the IRPA seeks to "facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities." This objective must be balanced with the need to maintain the integrity of CIC's programs and to promote due compliance with the various obligations set out in the IRPA. Even temporary residents that are enjoying the benefit of their status during their authorized stay are subject to compliance and enforcement actions including removal. The fact that Parliament has assigned to the Minister the final responsibility of ensuring that enforcement officers have properly exercised their power within the subsection 44(1) report based on section 41 and subsection 29(2) of the IRPA does not mean that the Minister does not have to consider if and how an application for restoration properly made under section 182 of the Regulations has been considered

*Jugement* : la demande est accueillie.

Pour demander le rétablissement, le visiteur, le travailleur ou l'étudiant ne doit pas avoir perdu son statut de résident temporaire pendant plus de 90 jours par suite de l'une des situations énumérées à l'article 182, notamment l'omission de quitter le Canada après la période de séjour autorisée (alinéa 185a)). Aucun pouvoir discrétionnaire n'est conféré à l'agent saisi d'une demande de prolongation; il doit rétablir le statut du demandeur s'il est convaincu que ce dernier satisfait aux exigences initiales de son séjour et qu'il s'est conformé à toute autre condition imposée à cette occasion. Les exigences initiales applicables à la délivrance d'un visa de résident temporaire sont énoncées à l'article 179 du Règlement et, selon l'alinéa 179e), l'étranger doit établir qu'il n'est pas interdit de territoire. En l'espèce, la preuve ne permettait nullement de penser que le demandeur n'avait pas satisfait à l'une ou l'autre des exigences initiales de son séjour ni qu'il avait omis de se conformer à une condition, à l'exception du fait qu'il n'avait pas quitté le Canada au moment de l'expiration de son statut.

Rien ne permettait de savoir si le délégué du ministre avait tenu compte de la demande de rétablissement présentée par le demandeur pendant l'entrevue. On ne pouvait inférer que le délégué du ministre n'avait pas connaissance de la demande de rétablissement ou qu'il n'avait pas tenu compte de l'existence de celle-ci simplement parce qu'il n'en a fait pas mention dans sa liste de contrôle. Le délégué du ministre était présumé avoir connu l'existence de la demande et savoir que l'agent d'exécution n'avait pas pris en considération le fait que le demandeur avait droit au bénéfice des dispositions de l'article 182. On pouvait seulement inférer que le délégué du ministre avait pris la mesure d'exclusion parce qu'il estimait que le rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) était fondé.

L'objectif pertinent de la LIPR est énoncé à l'alinéa 3(1)g), qui précise que la LIPR a pour objet de « faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale ». Cet objectif doit être équilibré par la nécessité de protéger l'intégrité des programmes de CIC et de promouvoir le respect des diverses obligations prévues par la LIPR. Même les résidents temporaires qui bénéficient des avantages découlant de leur statut pendant leur séjour autorisé peuvent faire l'objet de mesures au titre de l'observation et de l'exécution, y compris leur renvoi. Le fait que le législateur a confié au ministre la responsabilité définitive de veiller à ce que les agents d'exécution aient exercé leur pouvoir discrétionnaire de façon appropriée lorsqu'ils ont rédigé le rapport en vertu du paragraphe 44(1) sur le fondement de l'article 41 et du paragraphe 29(2) de la LIPR ne signifie pas que le ministre

by such enforcement officers.

Given that a “statutory provision must be read in its entire context, taking into consideration not only the ordinary and grammatical sense of the words but also the scheme and object of the statute and the legislature’s intention”, the Minister’s delegate had the discretion and even the duty to consider that the applicant had applied for restoration well before a subsection 44(1) report was issued against him regarding his failure to leave Canada at the end of his authorized stay. It was also an error of law to consider that the applicant was not entitled to make such an application for restoration simply because after the filing of his application in accordance with the Regulations, a subsection 44(1) report had been issued on the sole basis of subsection 29(2) of the IRPA. Therefore, the Minister’s delegate’s decision was set aside.

The following two questions were certified: (1) whether an application for restoration under section 182 of the Regulations is a relevant consideration when the Minister’s delegate considers whether to issue an exclusion order based on a failure to comply with subsection 29(2) of the IRPA; and (2) whether a foreign national who has applied for restoration in compliance with section 182 of the Regulations automatically loses the benefit of his application when an enforcement officer considers issuing a report under subsection 44(1) on the basis of a failure to comply with subsection 29(2) of the IRPA.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(g),(h),(i), 20(1)(b), 22(1), 25, 29, 40(1)(a), 41, 44, 47, 51(2).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 179, 182, 183(1),(5),(6), 185 (as am. by SOR/2004-167, s. 51(F)), 205(c)(ii), 225, 228(1)(c) (iv) (as am. *idem*, s. 63).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 3 S.C.R. 285; (2004), 244 D.L.R. (4th) 277; 325 N.R. 369; 2004 SCC 60.

n’a pas à se demander si et comment la demande de rétablissement dûment présentée en application de l’article 182 du Règlement a été prise en compte par ces agents d’exécution.

Comme une « disposition législative doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération non seulement le sens ordinaire et grammatical des mots mais aussi l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur », le délégué du ministre avait le pouvoir discrétionnaire, et même l’obligation, de tenir compte du fait que le demandeur avait demandé le rétablissement de son statut bien avant de faire l’objet d’un rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) parce qu’il avait omis de quitter le Canada à la fin de son séjour autorisé. En outre, une erreur de droit a été commise lorsqu’on a jugé que le demandeur n’avait pas le droit de présenter une telle demande de rétablissement simplement parce qu’après le dépôt de sa demande conformément aux dispositions du Règlement, un rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) a été établi uniquement sur le fondement du paragraphe 29(2) de la LIPR. Par conséquent, la décision du délégué du ministre a été annulée.

Les deux questions suivantes ont été certifiées, soit celles de savoir si : 1) l’existence d’une demande de rétablissement fondée sur l’article 182 du Règlement constitue un facteur pertinent dont le délégué du ministre doit tenir compte lorsqu’il examine l’opportunité de prendre une mesure d’exclusion pour défaut de se conformer au paragraphe 29(2) de la LIPR; et 2) l’étranger qui a demandé le rétablissement de son statut conformément à l’article 182 du Règlement est automatiquement privé de l’avantage de sa demande lorsqu’un agent d’exécution envisage de rédiger un rapport en vertu du paragraphe 44(1) sur le fondement du défaut de se conformer au paragraphe 29(2) de la LIPR.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(g),(h),(i), 20(1)(b), 22(1), 25, 29, 40(1)(a), 41, 44, 47, 51(2).

*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 179, 182, 183(1),(5),(6), 185 (mod. par DORS/2004-167, art. 51(F)), 205(c)(ii), 225, 228(1)(c)(iv) (mod., *idem*, art. 63).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285; 2004 CSC 60.

## DISTINGUISHED:

*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 409; (2006), 267 D.L.R. (4th) 324; 42 Admin. L.R. (4th) 204; 53 Imm. L.R. (3d) 1; 349 N.R. 233; 2006 FCA 126.

## CONSIDERED:

*Yu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 53 Imm. L.R. (3d) 56; 2005 FC 1213.

## REFERRED TO:

*De Brito v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 242 F.T.R. 145; 33 Imm. L.R. (3d) 54; 2003 FC 1379; *Radics v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 262 F.T.R. 211; 2004 FC 1590.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter ENF 5: Writing 44(1) Reports, online: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/english/enf/enf05e.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing Manual (IP)*. Chapter IP 6: Processing Temporary Resident Extensions, online: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/english/ip/ip06e.pdf>>.

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2002.II.195.

APPLICATION for judicial review of the decision of a Minister's delegate to issue an exclusion order against the applicant on the basis of paragraph 41(a) and subsection 29(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* after the applicant had applied to have his student status restored within 90 days of losing his temporary status pursuant to section 182 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Lawrence Wong* for applicant.  
*R. Keith Reimer* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Wong Pederson*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 409; 2006 CAF 126.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Yu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1213.

## DÉCISIONS CITÉES :

*De Brito c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1379; *Radics c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1590.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 5 : Rédaction des rapports en vertu du L44(1), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/francais/enf/enf05f.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 6 : Traitement des demandes de prolongation du statut de visiteur, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/francais/ip/ip06f.pdf>>.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2002.II.195.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un délégué du ministre de prendre une mesure d'exclusion fondée sur l'article 41 et le paragraphe 29(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* après que le demandeur a présenté une demande de rétablissement de son statut d'étudiant dans les 90 jours suivant la perte de son statut temporaire en application de l'article 182 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Lawrence Wong* pour le demandeur.  
*R. Keith Reimer* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Wong Pederson*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] GAUTHIER J.: This application raises a novel question in respect of the effect of an application for the restoration of a temporary resident status pursuant to section 182 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations) and its impact, if any, on the exercise of the discretion of the Minister's delegate pursuant to subsection 44(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] I have determined for the reasons that follow that the application should be allowed and I have certified two questions.

#### Background

[3] The applicant, Tao Sui, is a 24-year-old citizen of the People's Republic of China who studied in Canada for several years as a temporary resident on a study permit which he renewed from time to time. The latest extension made his study permit valid until July 31, 2005.

[4] Before his study permit expired, the applicant hired an immigration consultant to help him find a job offer in order to request a post-graduation work permit (subparagraph 205(c)(ii) of the Regulations).

[5] On July 11, 2005, the said consultant sent a letter to Citizenship and Immigration Canada (CIC), wherein he submitted Tao Sui's application for such work permit and stated that he had received a job offer from a company called Pro Bis Enterprises (Canada) Inc. Subsequent investigations of this company led CIC to conclude that the offer was not *bona fide* for the company did not appear to be in operation.

[6] On October 15, 2005, the applicant received a letter from CIC dated October 3, 2005, informing him that he did not meet the requirements for a work permit

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

[1] LAJUGE GAUTHIER : La présente demande soulève une question inédite touchant l'effet d'une demande de rétablissement du statut de résident temporaire présentée en application de l'article 182 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), et son incidence, le cas échéant, sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 44(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) confère au délégué du ministre.

[2] J'ai décidé d'accueillir la demande pour les motifs qui suivent et j'ai certifié deux questions.

#### Contexte

[3] Le demandeur, Tao Sui, est un citoyen chinois âgé de 24 ans. Il a étudié au Canada pendant plusieurs années à titre de résident temporaire titulaire d'un permis d'études qui a été renouvelé de temps à autre. La dernière prorogation rendait son permis d'études valide jusqu'au 31 juillet 2005.

[4] Avant l'expiration de son permis d'études, le demandeur a retenu les services d'un consultant en immigration pour l'aider à obtenir une offre d'emploi de manière à pouvoir demander un permis de travail après l'obtention d'un diplôme (sous-alinéa 205c)(ii) du Règlement).

[5] Le 11 juillet 2005, le consultant a envoyé une lettre à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) dans laquelle il présente la demande de Tao Sui visant à obtenir ce permis de travail et mentionne que le demandeur a reçu une offre d'emploi d'une société appelée Pro Bis Enterprises (Canada) Inc. CIC a subséquemment procédé à des vérifications au sujet de cette société et conclu que celle-ci n'avait pas présenté une offre *bona fide* au demandeur puisqu'il ne paraissait pas s'agir d'une société en exploitation.

[6] Le 15 octobre 2005, le demandeur a reçu une lettre de CIC datée du 3 octobre 2005 l'informant qu'il ne satisfaisait pas aux exigences applicables en matière de

and that he should leave Canada immediately failing which enforcement action would be taken against him. It appears from the notes of the interview of the enforcement officer that the applicant called CIC office in Vegreville and was advised that he would be “OK” as long as he applied for an “extension” of status within three months of the refusal.

[7] As he could not work, Tao Sui decided to further pursue his studies by enrolling in a business degree at Kwantlen University College (he already had a diploma from that institution). On October 19, 2005, that is within 90 days of the expiration of his study permit and within 90 days of losing his temporary resident status,<sup>1</sup> he applied to have his status restored pursuant to section 182 of the Regulations.

[8] While awaiting a decision on his application for restoration, Tao Sui remained in Canada.

[9] On November 29, 2005, two immigration officers attended his home to question him and to inform him that he had no status in Canada. They seized his passport and asked him to attend an interview on December 1, 2005.

[10] During that interview with an immigration enforcement officer, the applicant was confronted with the information regarding Pro Bis Enterprises (Canada) Inc. He was then placed in detention.

[11] On December 2, 2005, two inadmissibility reports were issued by the said enforcement officer under subsection 44(1) of the IRPA. The first one was based on paragraph 40(1)(a) of the IRPA and the fact that “there were reasonable grounds to believe that this foreign national was inadmissible for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in administration of this Act”.

permis de travail et qu’il devait quitter le Canada immédiatement faute de quoi des mesures d’exécution seraient prises contre lui. Il ressort des notes de l’entrevue consignées par l’agent d’exécution que le demandeur a appelé aux bureaux de CIC à Vegreville et qu’on lui aurait dit que tout se passerait [TRADUCTION] « bien » à la condition qu’il demande une [TRADUCTION] « prolongation » de son permis dans les trois mois suivant le refus.

[7] Comme il ne pouvait pas travailler, M. Sui a décidé de poursuivre ses études et il s’est inscrit au Kwantlen University College (établissement dont il détenait déjà un diplôme) en vue d’obtenir un diplôme d’études commerciales. Le 19 octobre 2005, soit dans les 90 jours suivant l’expiration de son permis d’études et dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aurait perdu son statut de résident temporaire<sup>1</sup>, il a présenté une demande de rétablissement de son statut en application de l’article 182 du Règlement.

[8] M. Sui est demeuré au Canada dans l’attente qu’il soit statué sur sa demande de rétablissement.

[9] Le 29 novembre 2005, deux agents d’immigration se sont rendus à son domicile pour l’interroger et l’informer qu’il n’avait plus de statut au Canada. Ils ont saisi son passeport et lui ont demandé de se présenter à une entrevue le 1<sup>er</sup> décembre 2005.

[10] Au cours de son entrevue avec le demandeur, l’agent d’exécution a confronté ce dernier aux renseignements concernant Pro Bis Enterprises (Canada) Inc. Le demandeur a ensuite été mis en détention.

[11] Le 2 décembre 2005, l’agent d’exécution a établi deux rapports d’interdiction de territoire en application du paragraphe 44(1) de la LIPR. Le premier rapport se fondait sur l’alinéa 40(1)a) de la LIPR et le fait qu’il [TRADUCTION] « existait des motifs raisonnables de croire que cet étranger est interdit de territoire parce qu’il a, directement ou indirectement, fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d’entraîner une erreur dans l’application de la présente loi ».

[12] The second report was based on paragraph 41(a) and subsection 29(2) of the the IRPA and the fact that Tao Sui was inadmissible for failing to comply with his obligation as a temporary resident to leave Canada by the end of the period authorized for his stay, that is in October 2005.

[13] On December 5, 2005, a Minister's delegate met with the applicant in the morning in order to determine whether he should issue an exclusion order pursuant to subsection 44(2) of the IRPA and subparagraph 228(1)(c)(iv) [as am. by SOR/2004-167, s. 63] of the Regulations.

[14] The Minister's delegate, having reviewed the two reports and the additional written observations of the enforcement officer, decided to issue an exclusion order based on paragraph 41(a) and subsection 29(2) of the IRPA. In light of section 225 of the Regulations, this meant that the applicant could not come back to Canada without the written consent of the Minister for a period of one year following his departure. The Minister's delegate did not refer the other matter to the Immigration Division for an admissibility hearing on the alleged misrepresentation and no further action was taken in respect of the other subsection 44(1) report.

[15] The Minister's delegate does not refer at all to the fact that Tao Sui had applied for restoration of his status prior to the issuance of any report in the removal order checklist which forms part of his decision. However, the enforcement officer in his additional observations addressed to the Minister's delegate, had noted that:

Despite the application for restoration, a decision on this matter has not been made and the client is now the subject of an A44 report and is not entitled to benefit from restoration.

[16] Later on that day, after a detention hearing, the applicant was released as it was found that he was likely to comply with an order to remove him from the country.

[17] Despite the above, in January 2006, CIC sent an acknowledgement of receipt of the application for

[12] Le second rapport se fondait sur l'article 41 et le paragraphe 29(2) de la LIPR et le fait que M. Sui était interdit de territoire pour avoir omis de respecter son obligation, à titre de résident temporaire, de quitter le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, soit en octobre 2005.

[13] Le 5 décembre 2005, un délégué du ministre a rencontré le demandeur en matinée afin de décider s'il devait prendre une mesure d'exclusion en application du paragraphe 44(2) de la LIPR et du sous-alinéa 228(1)c)(iv) [mod. par DORS/2004-167, art. 63] du Règlement.

[14] Après avoir examiné les deux rapports et les observations écrites supplémentaires fournies par l'agent d'exécution, le délégué du ministre a décidé de prendre une mesure d'exclusion fondée sur l'article 41 et le paragraphe 29(2) de la LIPR. À la lumière de l'article 225 du Règlement, cela signifiait que le demandeur ne pouvait revenir au Canada pour une période d'un an suivant son départ, à moins d'obtenir le consentement écrit du ministre. Le délégué du ministre n'a pas renvoyé l'autre question à la Section de l'immigration pour qu'elle procède à une enquête sur la présentation erronée alléguée et aucune autre mesure n'a été prise quant à l'autre rapport fondé sur le paragraphe 44(1).

[15] Le délégué du ministre ne mentionne nulle part dans la liste de contrôle relative à une mesure de renvoi faisant partie de sa décision que M. Sui avait demandé le rétablissement de son statut avant qu'un quelconque rapport ne soit établi. Toutefois, dans ses observations supplémentaires adressées au délégué du ministre, l'agent d'exécution précise :

[TRADUCTION] Malgré la présentation de la demande de rétablissement, il n'a jamais été statué sur celle-ci et, comme le client fait maintenant l'objet d'un rapport rédigé en vertu du L44, il ne peut bénéficier d'un rétablissement.

[16] Plus tard ce jour-là, après l'audience relative à la détention, le demandeur a été mis en liberté au motif qu'il se conformerait vraisemblablement à une mesure de renvoi.

[17] Malgré ce qui précède, en janvier 2006, CIC a envoyé à M. Sui un accusé de réception de la demande

restoration and the processing fee (\$200) to Tao Sui. No decision was ever made in respect of this application.

[18] The applicant left Canada in March 2006.

[19] At the hearing, the Court granted the respondent's motion to amend the style of cause to replace the Minister of Citizenship and Immigration by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

#### Issues

[20] The applicant submits that the Minister's delegate failed to consider that he remained in Canada only because he was led to believe that he could do so in order to make an application pursuant to section 182 of the Regulations. He says that this application was clearly a *bona fide* application as he paid non-reimbursable tuition fees of \$6,000 to the Kwantlen University College, had obtained a confirmation that he had been accepted by the said institution and had sufficient funds in his bank account to cover his living expenses.

[21] He argues that the position of the respondent that his application for restoration was irrelevant once an immigration officer had issued a report under subsection 44(1) of the IRPA is contrary to the clear intention of the legislator that a temporary resident status shall be restored if the foreign national meets the initial requirements for the issuance of his visa. The applicant submits that such requirements cannot include having left Canada upon losing his status at the end of the authorized period of stay for it is precisely to avoid forcing this that this particular provision was adopted. Also the applicant relies on the *CIC Inland Processing Manual*, chapter IP 06: Processing Temporary Resident Extensions which states the following:

#### **5.6 Work or study permit refusals**

If a visitor in Canada applies for and is refused a work or study permit, their visitor status is not affected.

de rétablissement et des frais de traitement (200 \$). Il n'a jamais été statué sur cette demande.

[18] Le demandeur a quitté le Canada en mars 2006.

[19] À l'audience, la Cour a accueilli la requête de l'intimé visant à modifier l'intitulé de la cause de manière à remplacer le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

#### Questions en litige

[20] Le demandeur soutient que le délégué du ministre a omis de tenir compte du fait qu'il est demeuré au Canada uniquement parce qu'on lui a laissé croire qu'il pouvait agir ainsi pour présenter une demande en application de l'article 182 du Règlement. Il affirme que cette demande était manifestement une demande *bona fide* pour les raisons suivantes : il avait payé des frais de scolarité non remboursables de 6 000 \$ au Kwantlen University College, cet établissement avait confirmé qu'il était accepté et il disposait de fonds suffisants dans son compte bancaire pour couvrir ses frais de subsistance.

[21] Il avance que la thèse de l'intimé selon laquelle sa demande de rétablissement était dénuée de pertinence à partir du moment où un agent d'immigration a établi un rapport en application du paragraphe 44(1) de la LIPR est contraire à l'intention évidente du législateur voulant que le statut de résident temporaire doive être rétabli si l'étranger se conforme aux exigences initiales afférentes à la délivrance de son visa. Selon le demandeur, le fait d'avoir quitté le Canada après la perte de son statut à la fin de la période de séjour autorisée ne peut faire partie de ces exigences initiales puisque c'est justement pour éviter une telle mesure que cette disposition particulière a été adoptée. En outre, le demandeur invoque le *Guide de Traitement des demandes au Canada* de CIC, chapitre IP 06 : Traitement des demandes de prolongation du statut de visiteur, qui énonce ce qui suit :

#### **5.6 Refus d'une demande de permis de travail ou d'études**

Si un visiteur au Canada demande un permis de travail ou d'études et qu'on le lui refuse, son statut de visiteur

Upon receiving notice of the WP or SP refusal, the visitor must submit a separate application to extend their TR status as a visitor, if they wish to remain in Canada.

If their status at the time of the WP or SP refusal was valid due to the application of R183(6), i.e., it was “implied status,” then they will have to apply for a restoration of visitor status if they do not wish to leave Canada.

### 5.7 Restoration

If a visitor, worker or student has lost their status, they may apply to reinstate or restore their status in accordance with R182. This regulation only applies if the temporary resident has not been out of status for more than 90 days, and they have not failed to comply with the specified conditions.

If an applicant applies to renew their visitor status, work, or study permit after their temporary resident status has expired, but within the 90-day restoration period, CPC-Vegreville will clarify with the client that they must also apply for restoration of their status if they have not already done so. The applicant will then have 90 days from the date of notification to submit their restoration application and the corresponding fee.

Note: A person must still satisfy the officer that they are a genuine temporary resident, in order to qualify for restoration.

The application cost recovery fee is presently \$200 (R306).

If a person is already the subject of an A44 report, then they cannot be restored. However an officer may consider an application for restoration when an out-of-status client is before them, if they are of the opinion that the client meets conditions noted above. [Emphasis added.]

[22] The respondent says that subsection 29(2) of the IRPA is clear and that it is not disputed that the applicant had lost his temporary resident status because his authorized period of stay had come to an end. Pursuant to section 29 and paragraph 41(a) of the IRPA,

n'est pas touché. Dès qu'il est avisé du rejet de sa demande de PT ou de PE, le visiteur doit, s'il désire demeurer au Canada en qualité de visiteur, présenter une demande distincte visant à proroger son statut de RT.

Si, au moment du rejet de la demande de PT ou de PE, le statut du visiteur était valide par suite de l'application du R183(6), c.-à-d. s'il s'agit d'un « statut implicite », celui-ci devra alors demander le rétablissement de son statut de visiteur s'il souhaite demeurer au Canada.

### 5.7 Rétablissement

Si un visiteur, un travailleur ou un étudiant a perdu son statut, il peut en demander le rétablissement conformément au R182. Cette disposition réglementaire s'applique seulement si le résident temporaire n'a pas perdu son statut depuis plus de 90 jours et n'a pas omis de se conformer aux conditions prévues.

Si une personne demande le renouvellement de son statut de visiteur, de permis de travail ou d'études après l'expiration de son statut de résident temporaire, mais dans un délai de 90 jours suivant la perte de ce statut, le CTD-Vegreville l'aviserait qu'elle doit également présenter une demande de rétablissement de son statut si elle ne l'a pas déjà fait. Elle aura alors 90 jours, à compter de la date de l'avis, pour demander le rétablissement de son statut et payer les frais afférents.

Note : La personne doit toutefois convaincre l'agent qu'elle est un véritable résident temporaire pour être admissible au rétablissement de son statut.

Les frais à payer pour l'examen d'une demande de rétablissement du statut de résident temporaire s'élèvent actuellement à 200 \$ (R306).

Si une personne fait déjà l'objet d'un rapport rédigé en vertu du L44, elle ne peut alors pas obtenir le rétablissement de son statut. Toutefois, un agent peut accepter d'examiner la demande de rétablissement d'un client sans statut s'il est d'avis que ce dernier satisfait aux conditions susmentionnées. [Non souligné dans l'original.]

[22] L'intimé affirme que le paragraphe 29(2) de la LIPR est sans équivoque et qu'il n'est pas contesté que le demandeur avait perdu son statut de résident temporaire puisque la période de séjour autorisée était terminée. Suivant les articles 29 et 41 de la LIPR, le

a temporary resident who stays beyond this deadline becomes an inadmissible person.

[23] The respondent argues that by adopting subsections 183(5) and (6) of the Regulations, the legislator clearly indicated that a foreign national status will only be extended pending a decision on an application to renew or extend a permit or temporary resident visa. Such applications have to be filed before the expiration of the temporary resident status.

[24] Thus, the respondent argues that the purpose of section 182 of the Regulations is simply to allow foreign nationals to apply for the restoration of their status. It is not a shield against compliance enforcement and deportation. In the respondent's view, an application for restoration has no more effect on the right of CIC to remove a person from Canada than a humanitarian and compassionate application made under section 25 of the IRPA.

[25] Finally, the respondent notes that the legality of the decision of the immigration enforcement officer to issue a report under subsection 44(1) of the IRPA has not been challenged by way of an application for judicial review and the Minister's delegate himself had no discretion to consider the application for restoration. In any event, even if the delegate had such discretion, in this case, he had no obligation to do so since Tao Sui's status could not be restored as by then, he was already the subject of a subsection 44(1) report (CIC *Inland Processing Manual*; see paragraph 21 above).

(a) Relevant statutory provisions

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

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(g) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce,

résident temporaire qui demeure au pays après cette échéance devient interdit de territoire.

[23] L'intimé fait valoir que le législateur, lorsqu'il a adopté les paragraphes 183(5) et (6) du Règlement, a manifestement indiqué que le statut d'un étranger sera prorogé seulement dans l'attente qu'il soit statué sur la demande de renouvellement ou de prolongation d'un permis ou d'un visa de résident temporaire. Ces demandes doivent être produites avant l'expiration du statut de résident temporaire.

[24] L'intimé soutient donc que l'article 182 du Règlement vise simplement à permettre aux étrangers de présenter une demande de rétablissement de leur statut. Il n'a pas pour objet de les soustraire à l'obligation d'observer la loi ni aux mesures d'exécution ou d'expulsion. Selon l'intimé, une demande de rétablissement n'a pas plus d'effet sur le droit de CIC de renvoyer une personne du Canada qu'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire présentée en application de l'article 25 de la LIPR.

[25] Enfin, l'intimé signale que la légalité de la décision de l'agent d'exécution de rédiger un rapport en application du paragraphe 44(1) de la LIPR n'a en aucune façon été contestée par voie d'une demande de contrôle judiciaire et que le délégué du ministre lui-même n'avait aucun pouvoir discrétionnaire l'autorisant à tenir compte de la demande de rétablissement. Quoi qu'il en soit, même si le délégué avait eu ce pouvoir, il n'avait en l'espèce aucune obligation d'agir ainsi. En effet, le statut de M. Sui ne pouvait être rétabli puisque ce dernier faisait alors déjà l'objet d'un rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) (*Guide de traitement des demandes au Canada* de CIC; voir plus haut, au paragraphe 21).

a) Dispositions législatives applicables

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

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre

tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;

...

**20.** (1) Every foreign national, other than a foreign national referred to in section 19, who seeks to enter or remain in Canada must establish,

...

(b) to become a temporary resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and will leave Canada by the end of the period authorized for their stay.

...

**22.** (1) A foreign national becomes a temporary resident if an officer is satisfied that the foreign national has applied for that status, has met the obligations set out in paragraph 20(1)(b) and is not inadmissible.

...

**29.** (1) A temporary resident is, subject to the other provisions of this Act, authorized to enter and remain in Canada on a temporary basis as a visitor or as a holder of a temporary resident permit.

(2) A temporary resident must comply with any conditions imposed under the regulations and with any requirements under this Act, must leave Canada by the end of the period authorized for their stay and may re-enter Canada only if their authorization provides for re-entry.

...

**40.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation

(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act;

...

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

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the

d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;

[...]

**20.** (1) L'étranger non visé à l'article 19 qui cherche à entrer au Canada ou à y séjourner est tenu de prouver :

[...]

b) pour devenir un résident temporaire, qu'il détient les visas ou autres documents requis par règlement et aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

[...]

**22.** (1) Devient résident temporaire l'étranger dont l'agent constate qu'il a demandé ce statut, s'est déchargé des obligations prévues à l'alinéa 20(1)b) et n'est pas interdit de territoire.

[...]

**29.** (1) Le résident temporaire a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'autorisation d'entrer au Canada et d'y séjourner à titre temporaire comme visiteur ou titulaire d'un permis de séjour temporaire.

(2) Le résident temporaire est assujéti aux conditions imposées par les règlements et doit se conformer à la présente loi et avoir quitté le pays à la fin de la période de séjour autorisée. Il ne peut y rentrer que si l'autorisation le prévoit.

[...]

**40.** (1) Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants :

a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi;

[...]

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

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

Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 [section 185 (as am. by SOR/2004-167, s. 51(F))]

**179.** An officer shall issue a temporary resident visa to a foreign national if, following an examination, it is established that the foreign national

- (a) has applied in accordance with these Regulations for a temporary resident visa as a member of the visitor, worker or student class;
- (b) will leave Canada by the end of the period authorized for their stay under Division 2;
- (c) holds a passport or other document that they may use to enter the country that issued it or another country;
- (d) meets the requirements applicable to that class;
- (e) is not inadmissible; and
- (f) meets the requirements of section 30

...

**182.** On application made by a visitor, worker or student within 90 days after losing temporary resident status as a result of failing to comply with a condition imposed under paragraph 185(a), any of subparagraphs 185(b)(i) to (iii) or paragraph 185(c), an officer shall restore that status if, following an examination, it is established that the visitor, worker or student meets the initial requirements for their stay and has not failed to comply with any other conditions imposed.

**183.** (1) Subject to section 185, the following conditions are imposed on all temporary residents:

- (a) to leave Canada by the end of the period authorized for their stay;
- (b) to not work, unless authorized by this Part or Part 11; and
- (c) to not study, unless authorized by this Part or Part 12.

...

sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 [article 185 (mod. par DORS/2004-167, art. 51(F))]

**179.** L'agent délivre un visa de résident temporaire à l'étranger si, à l'issue d'un contrôle, les éléments suivants sont établis :

- a) l'étranger en a fait, conformément au présent règlement, la demande au titre de la catégorie des visiteurs, des travailleurs ou des étudiants;
- b) il quittera le Canada à la fin de la période de séjour autorisée qui lui est applicable au titre de la section 2;
- c) il est titulaire d'un passeport ou autre document qui lui permet d'entrer dans le pays qui l'a délivré ou dans un autre pays;
- d) il se conforme aux exigences applicables à cette catégorie;
- e) il n'est pas interdit de territoire;
- f) il satisfait aux exigences prévues à l'article 30.

[...]

**182.** Sur demande faite par le visiteur, le travailleur ou l'étudiant dans les quatre-vingt-dix jours suivant la perte de son statut de résident temporaire parce qu'il ne s'est pas conformé à l'une des conditions prévues à l'alinéa 185a), aux sous-alinéas 185b)(i) à (iii) ou à l'alinéa 185c), l'agent rétablit ce statut si, à l'issue d'un contrôle, il est établi que l'intéressé satisfait aux exigences initiales de sa période de séjour et qu'il s'est conformé à toute autre condition imposée à cette occasion.

**183.** (1) Sous réserve de l'article 185, les conditions ci-après sont imposées à tout résident temporaire :

- a) il doit quitter le Canada à la fin de la période de séjour autorisée;
- b) il ne doit pas travailler, sauf en conformité avec la présente partie ou la partie 11;
- c) il ne doit pas étudier, sauf en conformité avec la présente partie ou la partie 12.

[...]

(5) If a temporary resident has applied for an extension of the period authorized for their stay and a decision is not made on the application by the end of the period authorized for their stay, the period is extended until

(a) the day on which a decision is made, if the application is refused; or

(b) the end of the new period authorized for their stay, if the application is allowed.

(6) If the period authorized for the stay of a temporary resident is extended by operation of paragraph (5)(a) or extended under paragraph (5)(b), the temporary resident retains their status, subject to any other conditions imposed, during the extended period.

...

**185.** An officer may impose, vary or cancel the following specific conditions on a temporary resident:

(a) the period authorized for their stay;

(b) the work that they are permitted to engage in, or are prohibited from engaging in, in Canada, including

(i) the type of work,

(ii) the employer,

(iii) the location of the work,

(iv) the times and periods of the work, and

(v) in the case of a member of a crew, the period within which they must join the means of transportation;

(c) the studies that they are permitted to engage in, or are prohibited from engaging in, in Canada, including

(i) the type of studies or course,

(ii) the educational institution,

(iii) the location of the studies, and

(iv) the times and periods of the studies;

(d) the area within which they are permitted to travel or are prohibited from travelling in Canada; and

(e) the times and places at which they must report for

(i) medical examination, surveillance or treatment, or

(ii) the presentation of evidence of compliance with applicable conditions.

(5) Si le résident temporaire demande la prolongation de sa période de séjour et qu'il n'est pas statué sur la demande avant l'expiration de la période, celle-ci est prolongée :

a) jusqu'au moment de la décision, dans le cas où il est décidé de ne pas la prolonger;

b) jusqu'à l'expiration de la période de prolongation accordée.

(6) Si la période de séjour est prolongée par l'effet de l'alinéa (5)a) ou par application de l'alinéa (5)b), le résident temporaire conserve son statut, sous réserve des autres conditions qui lui sont imposées, pendant toute la prolongation.

[...]

**185.** Les conditions particulières ci-après peuvent être imposées, modifiées ou levées par l'agent à l'égard du résident temporaire :

a) la période de séjour autorisée;

b) l'exercice d'un travail au Canada, ou son interdiction, et notamment :

(i) le genre de travail,

(ii) l'employeur,

(iii) le lieu de travail,

(iv) les modalités de temps de celui-ci,

(v) dans le cas d'un membre d'équipage, le délai à l'intérieur duquel il doit se rendre au moyen de transport;

c) la poursuite d'études au Canada, ou son interdiction, et notamment :

(i) le genre d'études ou de cours,

(ii) l'établissement d'enseignement,

(iii) le lieu des études,

(iv) les modalités de temps de celles-ci;

d) la partie du Canada où sa présence est obligatoire ou interdite;

e) les date, heure et lieu où il doit :

(i) se soumettre à une visite médicale, une surveillance médicale ou un traitement médical,

(ii) présenter des éléments de preuve de conformité aux conditions applicables.

[26] After the hearing, the parties provided additional sections of the CIC Policy Manuals that could, in their

[26] Après l'audience, les parties ont invoqué d'autres dispositions des guides de l'immigration de CIC qu'elles

view, be relevant as well as material relating to the legislative history of section 182 of the Regulations and of sections 29, 41 and 47 of the IRPA. The Court has considered all this material, keeping in mind that although it can offer some useful insight, it is not binding in any way on the Court (*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 409 (F.C.A.), at paragraph 15).

(b) Standard of review

[27] Tao Sui says that the questions he raises are pure questions of law and the respondent did not disagree with him.

[28] The Court finds that the issue raised by the respondent as to whether or not the Minister's delegate has sufficient discretion to enable him to consider the existence of a restoration application when he makes his decision under subsection 44(2) is a question of law.

[29] However, it is not clear from the decision itself which includes the checklist, whether or not the Minister's delegate did consider this factor. If the Court applies a presumption to find that he considered it because the application for restoration is mentioned in the observations of the enforcement officer, the Court would also have to infer that the delegate agreed with the immigration officer that Tao Sui was not "eligible" to make such application. This is also a question of law.

[30] If on the contrary, the existence of the application for restoration is of such importance that the decision maker should have expressly mentioned how he dealt with it, the Court will have to infer that he did not consider it at all. The issue of whether he should have done so is another question of law.

[31] The Minister's delegate's decision is not subject to any privative clause. However, subsection 51(2) of the IRPA expressly envisions the possibility of judicial review. When one considers the relative expertise of the Minister's delegate, it is clear that such delegate has less

estimaient pertinentes ainsi que des documents relatifs à l'historique législatif de l'article 182 du Règlement et des articles 29, 41 et 47 de la LIPR. La Cour a examiné tous ces documents en gardant en mémoire que, même s'ils peuvent fournir certains indices utiles, ils ne lient la Cour d'aucune manière (*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 409 (C.A.F.), au paragraphe 15).

b) Norme de contrôle

[27] M. Sui affirme que les questions qu'il soulève sont de pures questions de droit, et l'intimé ne l'a pas contredit.

[28] La Cour arrive à la conclusion que la question soulevée par l'intimé quant à savoir si le délégué du ministre avait ou non un pouvoir discrétionnaire suffisant pour lui permettre de tenir compte de l'existence de la demande de rétablissement lorsqu'il a pris sa décision en application du paragraphe 44(2) est une question de droit.

[29] Il est toutefois difficile de savoir, à la lecture de la décision elle-même—laquelle comprend la liste de contrôle—si le délégué du ministre a ou non tenu compte de cet élément. Si elle applique une présomption pour conclure que le délégué a tenu compte de la demande de rétablissement parce qu'elle est mentionnée dans les observations de l'agent d'exécution, la Cour devra aussi en inférer que le délégué convenait avec l'agent d'immigration que M. Sui ne pouvait pas présenter cette demande. Il s'agit également d'une question de droit.

[30] Dans le cas contraire, si l'existence de la demande de rétablissement est d'une telle importance que le décideur aurait dû préciser de façon expresse comment il a traité ce fait, la Cour devra en déduire que le délégué ne l'a pas du tout pris en considération. Le point de savoir s'il aurait dû en tenir compte est une autre question de droit.

[31] La décision du délégué du ministre n'est assujettie à aucune clause privative. Cependant, le paragraphe 51(2) de la LIPR envisage expressément la possibilité d'un contrôle judiciaire. Lorsqu'on examine les connaissances relatives du délégué du ministre, il est

expertise than the Court to decide questions of law. The Court is satisfied that as in *Cha*, above, the standard of correctness must be applied to all the issues raised in this matter.

(c) Analysis

[32] The Court agrees that the main difference between an application for an extension referred to in subsections 183(5) and (6) and an application for restoration under section 182 of the Regulations is that *only a person who seeks an extension before the expiration of his status continues to enjoy the rights associated with the status of a temporary resident such as the right to visit the U.S. (see De Brito v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2003), 242 F.T.R. 145 (F.C.)).* However, this does not answer the questions raised in this matter.

[33] In order to apply for restoration, a visitor worker or student must not have lost his temporary resident status for longer than 90 days as a result of one of the events listed in section 182. This includes failure to leave Canada after the period authorized for their stay (paragraph 185(a)).

[34] The officer reviewing such an application has no discretion. He must restore the status of the applicant if following an examination, he is satisfied that the applicant meets the initial requirements for his or her stay and has not failed to comply with any other conditions imposed.

[35] Section 179 of the Regulations sets out the initial requirements for the issuance of a temporary resident visa (see *Radics v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 262 F.T.R. 211 (F.C.), at paragraph 10). Pursuant to paragraph 179(e), the foreign resident must establish that he is not inadmissible. If one were to construe this as meaning that an officer can consider that an applicant does not meet the initial requirements for his stay simply because he has not left Canada at the end of the authorized period, it would render section 182 of the Regulations meaningless. An officer could always reject an application on that basis. An applicant would have no chance whatsoever of being restored because it is clear in my view that pending a

manifeste que ce dernier n'en possède pas autant que la Cour pour trancher les questions de droit. La Cour est convaincue, comme dans l'arrêt *Cha*, susmentionné, que la norme de la décision correcte doit être appliquée pour chacune des questions soulevées en l'espèce.

c) Analyse

[32] La Cour convient que la principale différence entre la demande de prolongation visée aux paragraphes 183(5) et (6) et la demande de rétablissement prévue à l'article 182 du Règlement tient au fait que seule la personne qui demande une prolongation avant l'expiration de son statut continue de jouir des droits associés au statut de résident temporaire, comme le droit de visiter les États-Unis (voir la décision *De Brito c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1379). Cependant, cela ne permet pas de trancher les questions soulevées en l'espèce.

[33] Pour demander le rétablissement, le visiteur, le travailleur ou l'étudiant ne doit pas avoir perdu son statut de résident temporaire pendant plus de 90 jours par suite de l'une des situations énumérées à l'article 182, notamment l'omission de quitter le Canada après la période de séjour autorisée (alinéa 185a)).

[34] Aucun pouvoir discrétionnaire n'est conféré à l'agent saisi d'une demande de prolongation. Il doit rétablir le statut du demandeur si, à l'issue d'un contrôle, il est convaincu que ce dernier satisfait aux exigences initiales de son séjour et qu'il s'est conformé à toute autre condition imposée à cette occasion.

[35] L'article 179 du Règlement énonce les exigences initiales applicables à la délivrance d'un visa de résident temporaire (voir la décision *Radics c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1590, au paragraphe 10). Selon l'alinéa 179e), l'étranger doit établir qu'il n'est pas interdit de territoire. Interpréter cette disposition comme si elle signifiait que l'agent peut décider que le demandeur n'a pas satisfait aux exigences initiales de son séjour simplement parce qu'il n'a pas quitté le Canada à la fin de la période autorisée aurait pour effet de priver de sens l'article 182 du Règlement. L'agent pourrait toujours rejeter la demande pour cette raison. Le demandeur n'aurait absolument aucune chance d'obtenir le rétablissement de son statut

decision on the restoration application, an applicant such as Tao Sui is and remains without status. This would be contrary to the intention of Parliament. It is also not what is represented to the public including Tao Sui in the CIC *Inland Processing Manual*, particularly the section quoted at paragraph 21, for Tao Sui was not the subject of any subsection 44(1) report when he filed his application.

[36] In the present case, except for the question of the misrepresentation referred to in the second subsection 44(1) report,<sup>2</sup> there is no evidence that Tao Sui did not meet any of the initial requirements for his stay or that he had failed to comply with any condition other than the fact he had not left Canada when his status expired.

[37] In his written submissions and at the hearing, the respondent took the position that the finding that Tao Sui was not “entitled to benefit from restoration” was made entirely on the basis that the applicant, having breached subsection 29(2) of the IRPA, was now the subject of a subsection 44(1) report made on that basis. In my view, the comments of the enforcement officer in his highlight report were ambiguous when one considered the allegation of misrepresentation. However, in answer to a question put to the Court, the respondent stated that the merits of the application were never considered *per se* either by the enforcement officer or the Minister’s delegate. There is no evidence on this point by the enforcement officer or the Minister’s delegate. The Court therefore proceeded on the understanding that the alleged misrepresentation was totally irrelevant to the decision of the enforcement officer or the Minister’s delegate.

[38] In *Yu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 53 Imm. L.R. (3d) 56 (F.C.), Justice Sandra Simpson reviewed a similar situation where an exclusion order was issued because the applicant’s study permit had expired and he had lost his temporary resident status under section 47 of the IRPA

puisque’il est à mon avis manifeste que, dans l’attente d’une décision statuant sur la demande de rétablissement, un demandeur comme M. Sui est et demeure sans statut. Cela serait contraire à l’intention du législateur. Cela serait en outre incompatible avec les renseignements fournis au grand public, y compris Tao Sui, dans le *Guide de traitement des demandes au Canada* de CIC, en particulier le passage reproduit au paragraphe 21, puisque M. Sui ne faisait l’objet d’aucun rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) lorsqu’il a produit sa demande.

[36] Dans la présente affaire, sous réserve de la question de la présentation erronée mentionnée dans le second rapport<sup>2</sup> rédigé en vertu du paragraphe 44(1), la preuve ne permet nullement de penser que M. Sui n’a pas satisfait à l’une ou l’autre des exigences initiales de son séjour ni qu’il a omis de se conformer aux autres conditions, à l’exception du fait qu’il n’avait pas quitté le Canada au moment de l’expiration de son statut.

[37] Dans ses observations écrites et à l’audience, l’intimé a soutenu que la conclusion voulant que M. Sui ne puisse [TRADUCTION] « bénéficier d’un rétablissement » repose entièrement sur le fait que le demandeur, ayant contrevenu aux dispositions du paragraphe 29(2) de la LIPR, faisait maintenant l’objet d’un rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) uniquement pour ce motif. À mon sens, les observations formulées par l’agent d’exécution dans son rapport sur les points saillants étaient ambiguës si on tient compte de l’allégation de présentation erronée. Cependant, en réponse à la question soumise à la Cour, l’intimé a affirmé que le fond même de la demande n’a jamais été examiné ni par l’agent d’exécution ni par le délégué du ministre. La preuve présentée par ces derniers est muette sur ce point. La Cour suppose donc qu’il n’y avait aucun rapport entre la présentation erronée alléguée et la décision de l’agent d’exécution ou celle du délégué du ministre.

[38] Dans la décision *Yu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1213, la juge Sandra Simpson a examiné une situation analogue où une mesure d’exclusion avait été prise parce que le permis d’études du demandeur avait expiré, que le demandeur avait perdu son statut de résident temporaire

and did not benefit from an implied status granted by subsection 183(6) of the Regulations. In her decision, Justice Simpson indicates that the question before her was [at paragraph 5] “whether it was fair and in accordance with the principles of natural justice and the meaning of section 182 of the Regulations to issue an Exclusion Order based on a loss of status without deciding the application to restore the permit”.

[39] In that case, the exclusion order mistakenly referred to paragraph 21(a) (instead of paragraph 20(1)(b)) and to paragraph 41(a) of the IRPA. Justice Simpson found that those paragraphs had no application. She also concluded that [at paragraph 7] “[i]t cannot be said that a temporary resident who has applied for restoration of his permit in a timely manner, as he is entitled to do so under the Regulations, has failed to comply with or breached the IRPA”.

[40] The respondent argues that the Court should not adopt this view and is not bound by comity to follow the decision in *Yu*, above, because Justice Simpson never had to consider the impact of subsection 29(2), the provision relied upon by the Minister’s delegate in the present case.

[41] The applicant says that the Court does not need to answer this question or to decide whether or not it should follow *Yu*, above. He insists that this case can be decided by focusing only on whether or not the existence of an application for restoration is a relevant matter to be considered before the issuance of an order pursuant to subsection 44(2) of the IRPA.

[42] Little was said by the respondent as to whether or not the Court should infer that the Minister’s delegate considered at all the existence of Tao Sui’s application for restoration.

[43] There is no indication that this point was raised during the interview. Tao Sui was not represented at this admissibility hearing and as he had been advised by his lawyer to say nothing until the detention hearing scheduled for that afternoon, it is likely that the

en application de l’article 47 de la LIPR et qu’il ne bénéficiait pas du statut implicite accordé au paragraphe 183(6) du Règlement. Dans sa décision, la juge Simpson signale qu’elle doit se demander [au paragraphe 5] « s’il était juste et conforme aux principes de justice naturelle et à l’article 182 du Règlement de prendre la mesure d’exclusion pour cause de perte de statut sans avoir tranché la demande de rétablissement du statut ».

[39] Dans cette affaire, la mesure d’exclusion renvoyait par erreur à l’alinéa 21(a) (au lieu de l’alinéa 20(1)(b)) et à l’article 41 de la LIPR. La juge Simpson a estimé que ces dispositions ne s’appliquaient pas en l’espèce. Elle a également conclu [au paragraphe 7] qu’on « ne saurait dire en effet que le résident temporaire qui, comme le Règlement lui permet de le faire, a demandé dans les délais prescrits le rétablissement de son statut a contrevenu à la LIPR ou ne s’y est pas conformé ».

[40] L’intimé fait valoir que la Cour ne doit pas adopter ce point de vue, qu’elle n’est pas liée par le principe de l’adhésion déférente et qu’elle n’a donc pas à suivre la décision *Yu* susmentionnée parce que la juge Simpson n’a jamais eu à examiner l’incidence du paragraphe 29(2), soit la disposition invoquée par le délégué du ministre dans la présente instance.

[41] Le demandeur affirme qu’il est inutile pour la Cour de répondre à cette question ou de décider si elle doit ou non suivre la décision *Yu* susmentionnée. Il souligne que la Cour peut trancher la présente affaire en se prononçant uniquement sur le point de savoir si l’existence de la demande de rétablissement est un facteur pertinent dont il faut tenir compte avant de prendre une mesure fondée sur le paragraphe 44(2) de la LIPR.

[42] L’intimé avait peu de choses à dire sur la question de savoir si la Cour devait inférer que le délégué du ministre avait un tant soit peu tenu compte de l’existence de la demande de rétablissement présentée par M. Sui.

[43] Rien ne permet de penser que cette question a été abordée pendant l’entrevue. M. Sui n’était pas représenté à son enquête et, comme son avocat lui avait conseillé de ne rien dire avant l’audience relative à sa détention devant se tenir plus tard ce jour-là, il est

applicant did not raise this matter himself.

[44] As mentioned, the existence of this application is clearly referred to in the highlight report containing the written observations of the enforcement officer. The file before the Minister's delegate was thin and the report is directly addressed to him.

[45] The Court is not willing to infer, as suggested by the applicant, that the Minister's delegate simply did not know about the restoration application or did not consider its existence because he does not specifically refer to it in his checklist. In my view, on the facts of this case, the Minister's delegate is presumed to have known about the application and that the enforcement officer did not consider that Tao Sui was entitled to the benefit of section 182.

[46] The only thing that can be inferred from the fact that there is no mention of the restoration application is that the Minister's delegate issued his order because he was of the opinion that the report under subsection 44(1) was well founded. This could simply be because he agreed that Tao Sui was not eligible or because he believed that he had no discretion to consider this fact.

[47] The Court cannot agree with the respondent that *Cha*, above, is authority for the proposition that pursuant to subsection 44(2), the Minister's delegate did not have any discretion to consider the existence of Tao Sui's application and the impact of section 182 including whether Tao Sui was automatically disentitled to the benefit of section 182 as noted by the enforcement officer.

[48] At paragraph 13 of his reasons, Justice Robert Décary clearly indicates that the appeal in *Cha*, above, dealt only with foreign nationals in respect of whom an inadmissibility report was prepared on the sole ground of criminality in Canada and in respect of whom the Minister's delegate issued a deportation order. He specifies that he does not deal with other grounds of

vraisemblable que le demandeur n'a pas lui-même soulevé ce point.

[44] Comme il est signalé plus haut, l'existence de cette demande est mentionnée sans équivoque dans le rapport sur les points saillants, où figurent les observations écrites de l'agent d'exécution. Le dossier dont disposait le délégué du ministre était mince et le rapport lui était directement adressé.

[45] La Cour n'est pas disposée à inférer, comme le laisse entendre le demandeur, que le délégué du ministre ne savait tout simplement pas qu'une demande de rétablissement avait été présentée ou qu'il n'a pas tenu compte de l'existence de celle-ci parce qu'il n'en fait pas explicitement mention dans sa liste de contrôle. À mon avis, à la lumière des faits en l'espèce, le délégué du ministre est présumé avoir connu l'existence de la demande et savoir que l'agent d'exécution n'a pas pris en considération le fait que M. Sui avait droit au bénéfice des dispositions de l'article 182.

[46] L'absence de mention relative à la demande de rétablissement permet uniquement d'inférer que le délégué du ministre a pris la mesure d'exclusion parce qu'il estimait que le rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) était fondé. Cela pourrait simplement tenir au fait qu'il convenait que M. Sui était interdit de territoire ou qu'il croyait qu'il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de cet élément.

[47] La Cour ne peut être d'accord avec l'intimé lorsqu'il avance que l'arrêt *Cha*, susmentionné, permet d'affirmer que, selon le paragraphe 44(2), le délégué du ministre n'avait aucun pouvoir discrétionnaire pour tenir compte de l'existence de la demande de M. Sui et de l'incidence de l'article 182, notamment le point de savoir si M. Sui perdait automatiquement le droit au bénéfice de cette disposition comme le signale l'agent d'exécution.

[48] Au paragraphe 13 de ses motifs, le juge Robert Décary précise sans équivoque que l'appel interjeté dans l'arrêt *Cha*, susmentionné, visait uniquement les étrangers qui font l'objet d'un rapport d'interdiction de territoire établi pour le seul motif de la criminalité au Canada et à l'égard desquels le délégué du ministre a pris une mesure d'expulsion. Il ajoute qu'il ne traite

inadmissibility and said: “I am not purporting to rule on any situation other than the very specific one at issue”. Justice Décary made it clear that the word “may” in subsection 44(2) was used in part to reflect the fact that this subsection was to be applied to a multitude of situations, which may involve the exercise of more or less discretion by the Minister’s delegate depending on the circumstances.

[49] It was noted in *Cha*, above, that Parliament had made it clear that criminality of non-citizens was a major concern by referring to it in two objectives of the IRPA (paragraphs 3(1)(h) and 3(1)(i)). The Supreme Court of Canada had also recently stated that these two objectives indicate an intent to prioritize security and that this is given effect among other things by removing applicants with criminal records from Canada. Also, to give effect to this intent, Parliament had provided a complete, detailed and straightforward code which directed the manner in which immigration officers and Minister’s delegates were to exercise their power under section 44 of the Act.

[50] In the present case, a different objective is relevant. At paragraph 3(1)(g), it is said that the IRPA seeks “to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities” [underlining added].

[51] This objective must obviously be balanced with the need to maintain the integrity of CIC’s programs and to promote due compliance with the various obligations set out in the IRPA.

[52] There is no doubt that even temporary residents that are enjoying the benefit of their status during their authorized stay are subject to compliance and enforcement actions including removal.

[53] As noted in numerous sections of the CIC Manuals including section 8.1 of *Enforcement Manual (ENF)*, ENF Chapter 5 entitled Writing 44(1) Reports,

d’aucun autre motif d’interdiction de territoire et qu’il : « n’enten[d] statuer que sur la question en litige très précise dont la Cour est saisie ». Le juge Décary mentionne clairement que le terme « peut », au paragraphe 44(2), a été employé en partie pour refléter le fait que cette disposition s’applique à une multitude de situations, ce qui peut entraîner l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu de la part du délégué du ministre selon les circonstances.

[49] On signale dans l’arrêt *Cha*, susmentionné, que le législateur a clairement démontré que la criminalité des non-citoyens constituait une préoccupation importante puisqu’il en fait mention dans deux des objectifs visés par la LIPR (alinéas 3(1)(h) et 3(1)(i)). La Cour suprême du Canada a aussi affirmé récemment que ces deux objectifs dénotent l’intention de donner la priorité à la sécurité et que cette intention se matérialise notamment par le renvoi des demandeurs qui ont un casier judiciaire au Canada. De même, le législateur a fourni un code complet, détaillé et explicite qui régit la façon dont les agents d’immigration et les délégués du ministre doivent exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère l’article 44 de la Loi.

[50] En l’espèce, l’objectif pertinent est différent. L’alinéa 3(1)(g) prévoit que la LIPR a pour objet « de faciliter l’entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d’activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l’échelle internationale » [soulignement ajouté].

[51] Cet objectif doit évidemment être équilibré par la nécessité de protéger l’intégrité des programmes de CIC et de promouvoir le respect des diverses obligations prévues par la LIPR.

[52] Il ne fait aucun doute que même les résidents temporaires qui bénéficient des avantages découlant de leur statut pendant leur séjour autorisé peuvent faire l’objet de mesures au titre de l’observation et de l’exécution, y compris le renvoi.

[53] Comme il est signalé dans de nombreuses dispositions des guides de l’immigration de CIC, dont la section 8.1 du *Guide de l’exécution de la loi (ENF)*,

it is important for officers as well as Minister's delegates to exercise good judgment and common sense when applying the immigration inadmissibility provisions. They should be mindful of the various objectives and provisions dealing with immigration in Canada. This certainly includes the Regulations and particularly a provision like section 182.

[54] The Court notes that in section 8.1 referred to above, there is a specific reference to the fact that an officer before writing a subsection 44(1) report can consider whether a person applied for restoration of status and if this person appears to be eligible.

[55] The fact that Parliament has assigned to the Minister (and his delegates) the final responsibility of ensuring that enforcement officers have properly exercised their power within the subsection 44(1) report made on the basis of section 41 and subsection 29(2) of the IRPA does not mean that the Minister does not have to consider if and how an application for restoration properly made under section 182 of the Regulations has been considered by such enforcement officers.

[56] The chart found at page 6 of *CIC Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 5, which purports to describe the whole process refers to the possibility of a restoration of status after the Minister's delegate has reviewed a subsection 44(1) report issued by an enforcement officer (see Appendix 1).

[57] As noted in the Regulatory Impact Analysis Statement included with the draft Regulations SOR/2002-227 published on June 11, 2002, at page 194, foreign students are seen as generating significant economic benefits for Canada since each foreign student spends an average of \$20,000 per year on tuition fees and living expenses.

[58] At pages 195-196, one also finds the following passage:

chapitre ENF 5 intitulé Rédaction des rapports en vertu du L44(1), il est important que les agents et les délégués du ministre fassent preuve de discernement et de bon sens lorsqu'ils appliquent les clauses d'interdiction de territoire en matière d'immigration. Ils doivent garder en mémoire les divers objectifs et clauses de la Loi régissant l'immigration au Canada. Cela englobe certainement les règlements d'application et, en particulier, les dispositions comme l'article 182.

[54] La Cour signale que la section 8.1 susmentionnée énonce expressément que l'agent, avant de choisir de rédiger un rapport en vertu du paragraphe 44(1), peut tenir compte du fait que la personne a demandé le rétablissement de son statut et qu'elle semble admissible.

[55] Le fait que le législateur a confié au ministre (et à ses délégués) la responsabilité définitive de veiller à ce que les agents d'exécution aient exercé leur pouvoir discrétionnaire de façon appropriée lorsqu'ils ont rédigé le rapport en vertu du paragraphe 44(1) sur le fondement de l'article 41 et du paragraphe 29(2) de la LIPR ne signifie pas que le ministre n'a pas à se demander si et comment la demande de rétablissement dûment présentée en application de l'article 182 du Règlement a été prise en compte par ces agents d'exécution.

[56] Le tableau qui se trouve aux pages 7 et 8 du *Guide de l'exécution de la loi (ENF)* de CIC, chapitre ENF 5 et qui vise à expliciter l'ensemble du processus fait état de la possibilité de rétablir le statut après que le délégué du ministre a examiné un rapport rédigé par un agent d'exécution en vertu du paragraphe 44(1) (voir l'annexe 1).

[57] Comme il est signalé dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation présentée avec le projet de Règlement DORS/2002-227 publié le 11 juin 2002, à la page 194, on considère que les étudiants étrangers sont une source d'avantages économiques importants pour le Canada puisque chacun d'entre eux dépense en moyenne une somme de 20 000 \$ par année en frais de scolarité et de subsistance.

[58] On peut lire ce qui suit aux pages 195 et 196 :

Pre-publication

Following pre-publication, we received comments from a number of groups and organizations including: the Advisory Committee on International Students and Immigration (ACISI), the Canadian Bureau for International Education, the Alberta Centre for International Education, the Association of Canadian Community Colleges (ACCC), the National Association of Career Colleges and L. Cordome & Associates Research Services. The Standing Committee on Citizenship and Immigration also made recommendations.

The main issues raised concern the requirements for reinstatement of status, the waiting period before re-applying for a permit when the conditions have not been complied with, and the inclusion of provisions clarifying access to school for minor children in Canada.

It was suggested that officers be allowed the discretion to reinstate student status. However, the new Act contains no provision granting officers such discretion.

...

In response to comments received, the following changes have been made:

- the time allowed for a student to apply for reinstatement has been extended from 30 to 90 days following the date on which the study permit expires. Students who do not file an application within this time frame will have to apply for a study permit from outside Canada;
- the circumstances which may require students to apply for reinstatement have been broadened to include not only non-compliance with the period authorized for their stay, but also non-compliance with the following condition: the type of studies, the education institution, the place of study and the length of studies;
- the period for which officers may refuse to issue or renew a study permit in these circumstances has been shortened from 12 to 6 months; and
- this six-month period does not apply to foreign nationals who have failed to comply with the condition under which they might have had access to a reinstatement application had they not surpassed the 90-day limit.<sup>3</sup> [Emphasis added.]

[59] Considering that a “statutory provision must be read in its entire context, taking into consideration not

Publication préalable

Suite à la publication préalable, nous avons reçu des commentaires de groupes et organisations incluant : le Comité consultatif sur les étudiants internationaux et l’immigration (CCEII), le bureau canadien de l’éducation internationale, le « Alberta Centre for International Education », l’Association des collèges communautaires du Canada, l’Association nationale des collèges carrières et L. Cordome & Associates Research Services. Le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration a également fait des recommandations.

Les principales questions soulevées concernent les exigences reliées au rétablissement en statut, la période d’attente suivant le non-respect des conditions afin de pouvoir faire une nouvelle demande de permis, ainsi que l’inclusion de dispositions clarifiant l’accès scolaire des enfants mineurs au Canada.

Il a été suggéré de laisser à l’agent la discrétion de rétablir en statut l’étudiant. Cependant, il n’y a aucune disposition dans la nouvelle loi permettant de conférer une telle discrétion à l’agent.

[. . .]

En réponse aux commentaires reçus, les changements suivants ont été apportés :

- la période allouée afin de permettre à l’étudiant de faire une demande de rétablissement a été portée de 30 à 90 jours suivant la date d’expiration du permis d’études. L’étudiant qui n’aura pas fait sa demande à l’intérieur de ce délai devra soumettre une demande de permis d’études à l’extérieur du Canada;
- les situations pouvant mener l’étudiant à faire une demande de rétablissement ont été élargies pour inclure non seulement le non-respect de la période de séjour autorisée, mais aussi le non-respect des conditions suivantes : le genre d’études, l’établissement d’enseignement, le lieu des études et les modalités de temps relatives aux études;
- la période pendant laquelle un agent peut refuser d’émettre ou de renouveler un permis d’études dans ces circonstances a été diminuée de 12 mois à 6 mois;
- cette période de 6 mois ne s’applique pas aux étrangers qui n’ont pas respecté les conditions pour lesquelles ils auraient pu avoir accès à une demande de rétablissement. n’eut été du fait qu’ils sont à l’extérieur du délai de 90 jours.<sup>3</sup> [Mon souligné.]

[59] Comme une « disposition législative doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération

only the ordinary and grammatical sense of the words, but also the scheme and object of the statute and the intention of legislature” (*Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 3 S.C.R. 285, at paragraph 5), I have come to the conclusion that in this case, the Minister’s delegate had the discretion and even the duty to consider the fact that Tao Sui had applied for restoration well before a subsection 44(1) report was issued against him in respect of his failure to leave Canada at the end of his authorized stay.

[60] I have also come to the conclusion that it was an error of law to consider that Tao Sui was not entitled to make such an application for restoration simply because after the filing of his application in accordance with the Regulations, a subsection 44(1) report had been issued on the sole basis of subsection 29(2) of the IRPA.

[61] In view of the above, I have concluded that the decision must be set aside.

[62] The respondent has put forward the following two questions for certification:

1. Does section 182 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* bar the Minister from making a removal order against a temporary resident who has not left Canada by the end of the period authorized for his or her stay in Canada during the 90 day period during which the temporary resident may apply for restoration of his or her status in Canada?
2. Is the Minister barred from making a removal order against a temporary resident who has not left Canada by the end of the period authorized for his or her stay in Canada and who has applied for restoration of his or her status in Canada pursuant to section 182 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* until that restoration application has been decided?

[63] The applicant has suggested the following question:

1. Whether section 182 of the *Regulations* imposes a requirement on the Minister to seek more information on the existence of a pending restoration application to see

non seulement le sens ordinaire et grammatical des mots mais aussi l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285, au paragraphe 5), je suis arrivée à la conclusion qu’en l’espèce, le délégué du ministre avait le pouvoir discrétionnaire, et même l’obligation, de tenir compte du fait que M. Sui avait demandé le rétablissement de son statut bien avant de faire l’objet d’un rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) parce qu’il avait omis de quitter le Canada à la fin de son séjour autorisé.

[60] Je conclus en outre qu’une erreur de droit a été commise lorsqu’on a jugé que M. Sui n’avait pas le droit de présenter une telle demande de rétablissement simplement parce qu’après le dépôt de sa demande conformément aux dispositions du Règlement, un rapport rédigé en vertu du paragraphe 44(1) a été établi uniquement sur le fondement du paragraphe 29(2) de la LIPR.

[61] À la lumière de ce qui précède, j’arrive à la conclusion que la décision doit être annulée.

[62] L’intimé a proposé la certification des deux questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. L’article 182 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* empêche-t-il le ministre de prendre une mesure de renvoi contre un résident temporaire qui n’a pas quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée au Canada, pendant le délai de 90 jours au cours duquel le résident temporaire peut demander le rétablissement de son statut au Canada?
2. Est-il interdit au ministre de prendre une mesure de renvoi contre un résident temporaire qui n’a pas quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée et qui a demandé le rétablissement de son statut au Canada en application de l’article 182 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* tant qu’il n’a pas été statué sur la demande de rétablissement?

[63] Le demandeur a quant à lui proposé la certification de la question suivante :

[TRADUCTION]

1. L’article 182 du Règlement impose-t-il au ministre l’obligation de tenter d’obtenir plus de renseignements quant à l’existence d’une demande de rétablissement en

if it may refute any alleged contravention of IRPA or the *Regulations*.

instance de façon à vérifier si elle peut servir à réfuter une quelconque contravention alléguée de la LIPR ou du Règlement.

[64] The two questions put forward by the respondent were not directly raised by the applicant who objects to their certification.

[64] Les deux questions proposées par l'intimé n'ont pas été directement soulevées par le demandeur, lequel s'oppose à leur certification.

[65] The Court agrees that the first question is purely hypothetical because Tao Sui had effectively applied for restoration. The second question was not directly addressed in these reasons.

[65] La Cour convient que la première question est purement hypothétique puisque M. Sui a, dans les faits, demandé le rétablissement de son statut. La deuxième question n'a pas été expressément examinée dans les présents motifs.

[66] I have decided to certify the following questions:

[66] J'ai décidé de certifier les questions suivantes :

1. Is an application for restoration pursuant to section 182 of the *Regulations* a relevant consideration when the Minister's delegate considers whether or not to make an exclusion order based on a failure to comply with subsection 29(2) of the IRPA?
2. Does a foreign national who has applied for restoration within the delay set out in section 182 of the *Regulations*, automatically lose the benefit of his or her application when an enforcement officer considers issuing a report under subsection 44(1) on the basis of a failure to comply with subsection 29(2) of the IRPA?

1. L'existence d'une demande de rétablissement fondée sur l'article 182 du Règlement constitue-t-elle un facteur pertinent dont le délégué du ministre doit tenir compte lorsqu'il examine l'opportunité de prendre une mesure d'exclusion pour défaut de se conformer au paragraphe 29(2) de la LIPR?
2. L'étranger qui a demandé le rétablissement de son statut dans le délai fixé à l'article 182 du Règlement est-il automatiquement privé de l'avantage de sa demande lorsqu'un agent d'exécution envisage de rédiger un rapport en vertu du paragraphe 44(1) sur le fondement du défaut de se conformer au paragraphe 29(2) de la LIPR?

#### ORDER

#### ORDONNANCE

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE :

1. The application for judicial review is allowed.
2. The decision of the Minister's delegate is set aside and the matter shall be remitted for redetermination by a different delegate of the Minister.
3. The following questions are certified:

1. Que la demande de contrôle judiciaire soit accueillie;
2. Que la décision prise par le délégué du ministre soit annulée et que l'affaire soit renvoyée à un délégué différent pour qu'il l'examine de nouveau et statue sur elle;
3. Que les questions suivantes soient certifiées :

Is an application for restoration pursuant to section 182 of the *Regulations* a relevant consideration when the Minister's delegate considers whether or not to make an exclusion order based on a failure to

L'existence d'une demande de rétablissement fondée sur l'article 182 du Règlement constitue-t-elle un facteur pertinent dont le délégué du ministre doit tenir compte lorsqu'il examine

comply with subsection 29(2) of the IRPA?

Does a foreign national who has applied for restoration within the delay set out in section 182 of the Regulations, automatically lose the benefit of his or her application when an enforcement officer considers issuing a report under subsection 44(1) on the basis of a failure to comply with subsection 29(2) of the IRPA?

---

<sup>1</sup> His application for a work permit extended his status until a decision was made.

<sup>2</sup> Another ground for inadmissibility that could certainly be considered when reviewing the application for restoration in light of the requirements set out in section 179 of the Regulations.

<sup>3</sup> As noted earlier, the issuance of an exclusion order to a foreign national who failed to leave at the end of his authorized stay in order to seek reinstatement, will preclude the foreign national from coming back to Canada for one year unless a special consent is obtained (s. 225 of the Regulations).

l'opportunité de prendre une mesure d'exclusion pour défaut de se conformer au paragraphe 29(2) de la LIPR?

L'étranger qui a demandé le rétablissement de son statut dans le délai fixé à l'article 182 du Règlement est-il automatiquement privé de l'avantage de sa demande lorsqu'un agent d'exécution envisage de rédiger un rapport en vertu du paragraphe 44(1) sur le fondement du défaut de se conformer au paragraphe 29(2) de la LIPR?

---

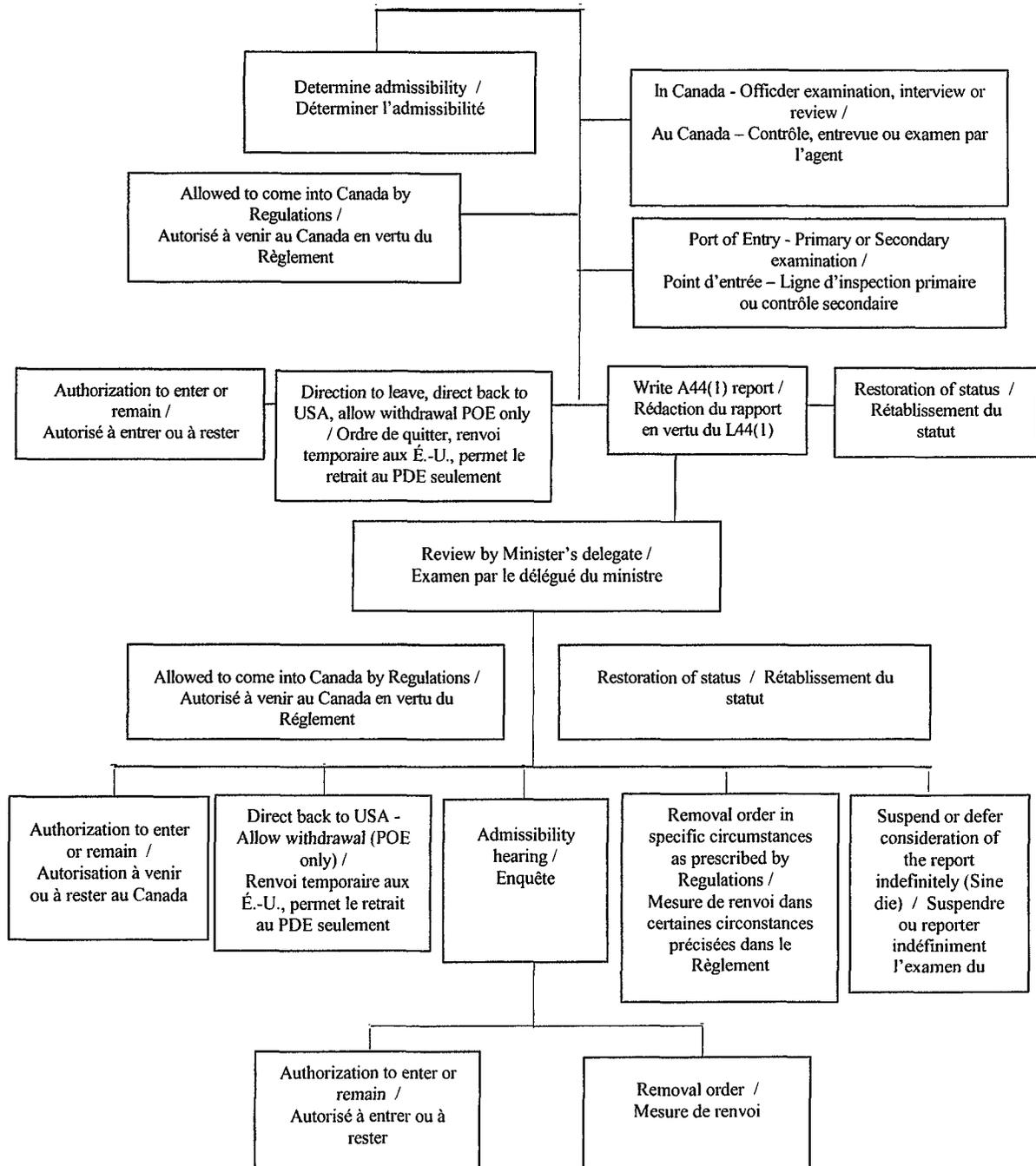
<sup>1</sup> Sa demande de permis de travail a prolongé son statut jusqu'à ce qu'une décision soit rendue.

<sup>2</sup> Autre fondement à l'interdiction de territoire dont on peut certainement tenir compte au moment d'examiner la demande de rétablissement à la lumière des exigences énoncées à l'article 179 du Règlement.

<sup>3</sup> Comme il est précisé plus haut, la prise d'une mesure d'exclusion à l'endroit d'un étranger qui a omis de quitter le pays à la fin de son séjour autorisé pour demander le rétablissement de son statut empêche ce dernier de revenir au Canada pendant un an, à moins qu'il n'obtienne une autorisation particulière (art. 225 du Règlement).

ENF 5 Writing 44(1) Reports / ENF-5 R action des rapports en vertu du L44(1)

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





# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* 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.*

---

## ARMED FORCES

Applications by Director of Military Prosecutions (DMP) for *mandamus* compelling Court Martial Administrator (Administrator) to convene, Chief Military Judge (CMJ) to assign military judge to preside at Standing Court Martial of former member of Joint Task Force (JTF 2)—CMJ refusing to assign judge because name, other identifying features of members of JTF 2 classified as secret—As a result, Administrator not having sufficient information to complete convening order—Currently no process in *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 to deal with preliminary matters of confidentiality before court martial convened—CMJ, Administrator thus not having public legal duty to act—Also, alternative remedies available (i.e. administrative accommodation; request under *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38)—As such, requirements for *mandamus* not met—Applications dismissed.

CANADA (DIRECTOR OF MILITARY PROSECUTIONS) V. CANADA (COURT MARTIAL ADMINISTRATOR) (T-1967-05, 2006 FC 1532, Snider J., order dated 21/12/06, 55 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of visa officer's decision applicant inadmissible to Canada based on daughter's inadmissibility—Daughter clinically assessed as moderately mentally retarded—Applicant not adequately rebutting visa officer's assumption daughter would require special education which could cause excessive demand on Alberta's social services—Not providing evidence demonstrating ability to pay for daughter's special education in Canada—Accordingly could not argue visa officer erred in law in failing to assess ability to pay for daughter's special education—Application dismissed.

AIRAPETYAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2570-06, 2007 FC 42, Kelen J., judgment dated 17/1/07, 13 pp.)

### IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA)—Applicants raising constitutional issues for first time in memorandum of fact and law—*Arora v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL), *Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 645, not wrongly decided—*Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 and *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 148, reviewed—Within Court's discretion to allow issues to be raised for first time in further memorandum of fact, law—Relevant considerations listed—New issues not allowed to be argued as: (1) no reason why could not have been raised on timely basis; (2) possible prejudice to Minister if complex new issues allowed to be raised after expiry of deadline for filing affidavit evidence; (3) not subject of initial leave motion—Application dismissed.

AL MANSURI V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-6826-05, 2007 FC 22, Dawson J., judgment dated 11/1/07, 29 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Judicial review of Immigration and Refugee Board's decision rejecting refugee protection claim on basis applicant could reacquire Argentine citizenship, no evidence of well-founded fear of persecution in Argentina—Applicant Argentine national, citizen by birth—By acquiring Mexican citizenship, lost Argentine citizenship but not nationality—To regain Argentine citizenship, required to first reside in Argentina, then apply to federal court judge—Law on obligation to attempt to acquire nationality before seeking protection in Canada summarized—By not addressing residency requirement under Argentine law before claim can be made for reinstatement, Board committing error of law—Also not addressing issue as to degree of control applicant for reacquisition of citizenship must have over success of ultimate result—Application allowed.

CRAST V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1353-06, 2007 FC 146, Hughes J., judgment dated 7/2/07, 12 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board (IRB) rejecting applicant's request for asylum as Convention refugee, person in need of protection—Applicant born in Tehran, Iran, Shia Muslim until 2004—Baptized as member of Mormon Church while in Vancouver on visitor's visa in August 2004—Could face imprisonment, death, should he return to Iran—IRB stating assessment of refugee *sur place* claim requiring examination of claimant's motives leading to conversion—Articulation of test in *sur place* claim incorrect—In refugee *sur place* claim necessary to consider credible evidence of activities in Canada, independently from motives for conversion—Articulation of incorrect test, conduct of assessment of applicant's *sur place* claim reviewable error—Application allowed.

EJTEHADIAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2930-06, 2007 FC 158, Blanchard J., order dated 12/2/07, 6 pp.)

*Permanent Residents*

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent resident visa as skilled worker—Applicant citizen of India whose occupation Sikh priest—As applicant possessed neither work permit nor offer of employment validated by Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC), decision not to grant any points for adaptability, arranged employment, reasonable—But confusion at Citizenship and Immigration Canada concerning proper awarding of points for arranged employment for priests whose job offers not validated by HRSDC—Serious concerns raised that all applicants for permanent residence in Canada under circumstances similar to those herein may not be treated alike, contrary to rules of procedural fairness—Guidelines concerning allocation of points in permanent residence applications, for both arranged employment, adaptability, for individuals permitted to work in Canada without work permit under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 186 and who later seek to become permanent residents under skilled worker class, requiring clarification—Application allowed.

SINGH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4082-06, 2007 FC 69, Blais J., judgment dated 23/1/07, 18 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW**

## CHARTER OF RIGHTS

*Equality Rights*

Judicial review of decision by Human Resources and Skills Development (HRSDC) to enter into a single Aboriginal Human Resources Development Agreement (AHRDA) on Prince Edward Island (PEI) with the Mi'kmaq Confederacy of Prince Edward Island—AHRDA replacing three former agreements, one with each of two Bands and one with Native Council representing off-reserve persons—Applicants off-reserve Aboriginal persons in PEI—Appropriate comparator group on-reserve Aboriginal persons in PEI—Discrimination contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15 as applicants, other off-reserve Aboriginal persons excluded from community control as excluded from voting for Board—Aboriginal residence

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

analogous ground—Infringement not saved by s. 1 as not minimal impairment—Application allowed—HRSDC ordered to provide means within 12 months of satisfying obligation of including representation of off-reserve person within revised agreement, existing agreement to continue in place while appropriate revisions negotiated, implemented—HRSDC not breaching procedural fairness.

GALLANT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-618-05, 2007 FC 1, Pinard J., judgment dated 3/1/07, 28 pp.)

**COPYRIGHT****INFRINGEMENT**

Copyright, trade-mark action about compact discs (CDs) containing copies of various Microsoft computer software programs, related material—CDs, material related thereto, counterfeit—Microsoft's claim based on *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13—On balance of probabilities, counterfeit items imported into Canada, both Inter-Plus (name under which defendant numbered companies carried on business), Carmelo Cerrelli knew, should have known items counterfeit, infringing Microsoft's copyright, trade-mark rights—Not necessary to prove actual knowledge under *Copyright Act*—Inter-Plus, Cerrelli liable under *Copyright Act*, *Trade-marks Act*—Delivery up of infringing materials standard remedy, granted herein—25 copyrights infringed—At \$20,000 per infringement, statutory damages awarded at \$500,000 against corporate defendants, Carmelo Cerrelli jointly and severally—Defendants' conduct outrageous; Microsoft entitled to punitive damages (\$100,000 from two numbered companies jointly, severally, \$100,000 from Carmelo Cerrelli)—Permanent injunction granted.

MICROSOFT CORP. V. 9038-3746 QUEBEC INC. (T-1502-00, 2006 FC 1509, Harrington J., judgment dated 16/1/07, 50 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Appeal from Tax Court of Canada decision contract under which Ontario Health Insurance Plan (OHIP) fees collected unenforceable in GST collection proceedings—As OHIP only covering audiological services if performed under supervision of medical doctors, respondent audiology clinic entering into agreement with doctors operating family practice across hallway—Agreement stating intended to comply with basic criteria set by OHIP with respect to payment of fees for audiological services—Tax Court finding agreement not reflecting true legal relationship between parties, not legally binding, no taxable supply of building, equipment rentals, management services—Erred in law in basing decision on after-the-fact evidence of parties' intention to recharacterize clear, complete agreement upon which acted to obtain substantial monetary benefits from OHIP—Person creating, taking advantage of, contractual fiction intentionally designed to misrepresent legal relationship, cannot later invoke true economic reality to avoid tax disadvantages flowing therefrom—Appeal allowed.

CANADA V. 1524994 ONTARIO LTD. (A-115-06, 2007 FCA 74, Décary J.A., judgment dated 19/2/07, 9 pp.)

**PROCEEDS OF CRIME (MONEY LAUNDERING) AND TERRORIST FINANCING ACT**

Judicial review of decision by Minister of Public Safety and Emergency Preparedness confirming forfeiture of undeclared currency under *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 29(1)(c)—Minister's delegate apparently thought that to dispel reasonable grounds for suspicion currency proceeds of crime, applicant must prove innocent explanation beyond reasonable doubt—Meaning of "reasonable grounds to suspect"—Suspicion must be supported by credible objective evidence, whereas evidence to support belief must be compelling—To dispel suspicion based on reasonable grounds, applicant must adduce evidence proving beyond reasonable doubt no reasonable grounds for suspicion—Adjudicator (whose opinion Minister's delegate evidently relying upon) committing error in law as proof beyond reasonable doubt sufficient to defeat reasonable grounds for suspicion—But error not material—Application dismissed.

SELLATHURAI V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (T-155-06, 2007 FC 208, Simpson J., judgment dated 23/2/07, 33 pp.)

**FISHERIES**

Appeal, cross-appeal from Federal Court decision ((2005), 267 F.T.R. 1) rejecting allegations Crown liable in tort, upholding validity of *Coastal Fisheries Protection Regulations*, C.R.C., c. 413, but awarding damages of \$137,052.57 with interest—Acting under authority of Regulations, Canadian fisheries officers, RCMP arrested Spanish fishing vessel *Estai* on high seas, forced it

**FISHERIES—Concluded**

to proceed to Saint John's, Newfoundland, laying charges against master, vessel for fishing "straddling stock" in "Regulatory Area"—Charges later withdrawn—(1) Cross-appeal dismissed—Case law pertaining to legal consequences of declaration of invalidity of legislation reviewed—Arrest of *Estai* lawful as arresting officers acting under valid authority at time, had *de facto* authority to so act—Allegation Regulations not enacted for purpose authorized by enabling statute not allegation of recklessness, bad faith—Absent allegation of bad faith, recklessness, motivation in enacting Regulations irrelevant—Prohibition against Spanish, Portuguese ships from fishing Greenland halibut in NAFO Regulatory Area conservation measure within authority conferred upon Governor in Council by enabling legislation—(2) Appeal allowed—Having dismissed action, no basis to award damages.

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-430-05, 2007 FCA 20, Nadon J.A., judgment dated 12/1/07, 47 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Judicial review of dismissal by Canadian Human Rights Commission of complaint Canada Border Services Agency (CBSA) discriminated against applicant on basis of family status—CBSA accommodation policy for employees with childcare responsibilities required applicant to accept part-time employment in return for fixed shifts—Commission's decision unreasonable, deficient for failing to provide rational basis for conclusion applicant voluntarily accepted accommodation terms—Commission stating not convinced fixed shift policy constituting serious interference with parental duties—If of view fixed shift policy needed to have discriminatory effect for complaint to move forward, incorrectly conflating issues of *prima facie* discrimination, accommodation—Burden of proof wrongly imposed on applicant—Apparent adoption of B.C.C.A.'s serious interference test not conforming with binding authorities requiring *prima facie* discrimination—Application allowed.

JOHNSTONE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1523-05, 2007 FC 36, Barnes J., judgment dated 16/1/07, 20 pp.)

**INCOME TAX****PRACTICE**

Application for order effective date of revocation of pension plan registration not date specified in Minister of Revenue's notice of revocation—Minister's power to revoke registration of pension plan found in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 147.1(11)—Applicant attacking retroactivity of Minister's revocation on basis of presumption against retroactivity—As plan never intended to provide retirement benefits for employees, not registrable from inception—No basis upon which Court could conclude Minister erred in designating date of inception of plan as appropriate date of revocation of registration—Application dismissed.

BOUDREAU v. M.N.R. (A-248-05, 2007 FCA 32, Pelletier J.A., judgment dated 5/2/07, 12 pp.)

Appeals from (1) interlocutory order of Tax Court of Canada (T.C.C.) disallowing some substantive amendments sought by Crown in reply to respondent's notice of appeal; (2) amended order issued by T.C.C.—Cross-appeal by respondent challenging amendments allowed by T.C.C.—Underlying issue in appeals, cross-appeal turning on legal effect of waiver of normal reassessment period, extent to which MNR restricted in defending reassessment issued pursuant to waiver by matter specified therein—Waiver when given by taxpayer, accepted by Minister giving rise to bargain of sorts—T.C.C.'s conclusion proposed inclusion of foreign accrual property income in respondent's income not matter that reasonably relates to matter specified in waiver open to it, correct—As amendments in question purport to provide complete picture of transactions which reassessments seek to recharacterize pursuant to General Anti-Avoidance Rule, open to T.C.C. to hold they reasonably relate to matter set out in waivers—Appeals, cross-appeal dismissed.

CANADA v. HONEYWELL LTD. (A-291-06, A-406-06, 2007 FCA 22, Noël J.A., judgment dated 16/1/07, 15 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motions Judge staying effect of Notice of Compliance (NOC) pending hearing of judicial review application—Effectively finding Minister acting improperly in issuing NOC—Usurping role of Judge who will hear judicial review application—Motions

**PATENTS—Concluded**

Judge not entitled to issue stay on basis only Minister improperly issued NOC where arguably had legal obligation to do so—Because motions Judge found Sanofi-Aventis Canada Inc. failed to show irreparable harm, no other basis on which stay could have been granted—Motions Judge erred in issuing stay—Appeal allowed.

SANOFI-AVENTIS CANADA INC. V. APOTEX INC. (A-1-07, 2007 FCA 71, Sexton J.A., judgment dated 12/2/07, 4 pp.)

**PRACTICE****PARTIES***Standing*

Applicant industry association representing most Canadian generic drug manufacturers—Seeking order *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, *ultra vires*, of no force and effect—Motion to strike out notice of application for judicial review on grounds applicant has no standing—Applicant raising serious issues—Not plain and obvious lacks standing in own right, or as informally representing class of litigants, or public interest mitigates against giving it standing—Motion dismissed—Canada’s research-based pharmaceutical companies granted intervener status.

CANADIAN GENERIC PHARMACEUTICAL ASSN. V. CANADA (GOVERNOR IN COUNCIL) (T- 1976-06, 2007 FC 154, Harrington J., orders dated 9/2/07, 12 pp.)

**PUBLIC SERVICE****LABOUR RELATIONS**

National Research Council (NRC) suspending respondent’s employment indefinitely without pay for refusing to undergo examination by physician chosen by employer—Judicial review of Adjudicator’s decision NRC not having sufficient grounds to make such request—Balance to be struck between employee’s right to privacy, employer’s legitimate duty to maintain safe workplace—Steps employer must take before insisting employee undergo medical exam—Concerns about validity of sick leave not justifying demand for medical exam—Must be “reasonable and probable” grounds for assuming employee is a danger to workplace—NRC not specifying particular grounds for believing respondent safety risk—Not providing rational explanation for refusing respondent’s offer to attend other doctors—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GROVER (T-1975-05, 2007 FC 28, Shore J., judgment dated 16/1/07, 30 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## BREVETS

### PRATIQUE

Le juge des requêtes a suspendu l'application de l'avis de conformité en attendant l'audition de la demande de contrôle judiciaire—En effet, il a conclu que le ministre a agi de façon incorrecte lorsqu'il a délivré l'avis de conformité—Il s'est arrogé le rôle du juge qui sera saisi de la demande de contrôle judiciaire—Le juge des requêtes n'était pas habilité à suspendre l'instance au seul motif que le ministre a délivré de façon incorrecte l'avis de conformité lorsqu'on peut soutenir qu'il avait l'obligation légale de le faire—Comme le juge des requêtes a statué que Sanofi-Aventis Canada Inc. n'avait pas réussi à prouver qu'elle avait subi un dommage irréparable, il n'y avait aucun autre motif justifiant la suspension—Le juge des requêtes s'est mépris lorsqu'il a suspendu l'instance—Appel accueilli.

SANOFI-AVENTIS CANADA INC. C. APOTEX INC. (A-1-07, 2007 CAF 71, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 12-2-07, 4 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas portant que la demanderesse était interdite de territoire au Canada parce que sa fille était interdite de territoire—Sa fille a fait l'objet d'une évaluation médicale et a été diagnostiquée comme ayant une déficience intellectuelle moyenne—La demanderesse n'a pu réfuter de manière adéquate la supposition de l'agent des visas, qui estimait que sa fille aurait besoin d'une éducation spécialisée, ce qui représenterait un fardeau excessif pour les services sociaux de l'Alberta—La demanderesse n'a pas produit d'éléments de preuve qui démontraient qu'elle était en mesure de payer pour l'éducation spécialisée de sa fille au Canada—En conséquence, elle ne pouvait soutenir que l'agent des visas avait commis une erreur de droit en omettant d'évaluer sa capacité de payer pour l'éducation spécialisée de sa fille—Demande rejetée.

AIRAPETIAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2570-06, 2007 CF 42, juge Kelen, jugement en date du 17-1-07, 13 p.)

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision défavorable rendue dans le cadre de l'examen des risques avant renvoi (ERAR)—Les demandeurs ont soulevé des questions constitutionnelles pour la première fois dans le mémoire des faits et du droit—Les arrêts *Arora c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), *Garcia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 645 ne se sont pas soldés par une décision erronée—Examen des arrêts *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 et *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148—La Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de permettre que des questions soient soulevées pour la première fois dans un autre mémoire des faits et du droit—Énumération des facteurs pertinents—Les nouvelles questions ne pouvaient pas être plaidées pour les motifs suivants : 1) aucune raison ne justifiait leur présentation tardive; 2) le

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

ministre aurait pu subir un préjudice éventuel si de nouvelles questions complexes étaient soulevées après l'expiration du délai de dépôt de la preuve par affidavit; 3) elles n'étaient pas visées par la requête d'autorisation initiale—Demande rejetée.

AL MANSURI C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-6826-05, 2007 CF 22, juge Dawson, jugement en date du 11-1-07, 29 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant une demande de protection au motif que la demanderesse pouvait reprendre une citoyenneté argentine puisque aucune preuve ne faisait état d'une crainte fondée de persécution en Argentine—La demanderesse est ressortissante et citoyenne de l'Argentine de naissance—En acquérant la citoyenneté mexicaine, elle a perdu sa citoyenneté, mais non sa nationalité argentine—Pour réintégrer sa citoyenneté argentine, elle devait d'abord vivre en Argentine, puis présenter une demande à un juge d'une cour fédérale—Synthèse du droit sur l'obligation de tenter d'acquérir la nationalité avant de demander la protection au Canada—La Commission a commis une erreur de droit en ne se penchant pas sur l'exigence en matière de résidence énoncée dans les lois argentines avant la présentation d'une demande de réintégration—En outre, la Commission n'a pas abordé la question de savoir quel degré de contrôle la personne qui demande de réintégrer sa citoyenneté doit avoir quant au succès de sa demande—Demande accueillie.

CRAST C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1353-06, 2007 CF 146, juge Hughes, jugement en date du 7-2-07, 12 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a rejeté la demande d'asile du demandeur à titre de réfugié au sens de la Convention et de personne à protéger—Le demandeur est né à Téhéran, en Iran, et il a été un musulman chiite jusqu'en 2004—Il a été baptisé et est devenu membre de l'église mormone lorsqu'il se trouvait à Vancouver en août 2004 grâce à un visa de visiteur—Il pourrait être exposé à un risque d'emprisonnement ou à une menace à sa vie s'il retournait en Iran—La CISR a déclaré qu'il faut, dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile *sur place*, tenir compte des raisons qui ont incité le demandeur à se convertir—La formulation du critère applicable dans le cadre d'une demande *sur place* était erronée—Il faut, dans le cadre d'une demande d'asile *sur place*, tenir compte de la preuve crédible des activités exercées au Canada indépendamment des motifs de conversion—La formulation du critère erroné et l'évaluation de la demande *sur place* du demandeur constituent des erreurs susceptibles de révision—Demande accueillie.

EJTEHADIAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2930-06, 2007 CF 158, juge Blanchard, ordonnance en date du 12-2-07, 6 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent en tant que travailleur qualifié—Le demandeur, un citoyen de l'Inde, était un prêtre sikh—Comme le demandeur ne détenait pas de permis de travail ni d'offre d'emploi validée par Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC), la décision de ne pas accorder de points pour la capacité d'adaptation ou pour un emploi réservé était raisonnable—Il y avait de la confusion à Citoyenneté et Immigration Canada quant à l'allocation adéquate de points pour un emploi réservé de prêtres dont l'offre d'emploi n'a pas été validée par RHDCC—Cela a occasionné de graves préoccupations selon lesquelles les personnes demandant la résidence permanente au Canada dans des circonstances semblables à celles en l'espèce peuvent ne pas recevoir le même traitement, ce qui contrevient aux règles d'équité procédurale—Les lignes directrices en matière d'allocation des points pour l'emploi réservé et la capacité d'adaptation dans le cadre de demandes de résidence permanente d'une personne autorisée à travailler au Canada sans permis de travail en application de l'art. 186 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 et qui demande ensuite la qualité de résident permanent en tant que travailleur qualifié doivent être précisées—Demande accueillie.

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4082-06, 2007 CF 69, juge Blais, jugement en date du 23-1-07, 18 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt portant que le contrat en vertu duquel les honoraires du Régime d'assurance-santé de l'Ontario ont été perçus était inexécutable dans le cadre de mesures de recouvrement de la TPS—Comme le Régime d'assurance-santé de l'Ontario ne couvre les services audiologiques que s'ils sont fournis sous la surveillance d'un médecin, l'intimée, une clinique d'audiologie, a conclu un contrat avec des médecins qui avaient une pratique de médecine familiale de l'autre côté du couloir—Le contrat précisait que les parties avaient l'intention d'observer les critères de base établis par le Régime d'assurance-santé de l'Ontario quant au paiement des honoraires perçus pour des services audiologiques—La Cour de l'impôt a conclu que le contrat ne reflétait pas le véritable rapport juridique entre les parties, qu'il n'était pas obligatoire en droit et qu'il n'y a pas eu de fourniture taxable de l'immeuble, de la location de matériel et des services de gestion—Elle a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur une preuve ayant vu le jour après le fait de l'intention des parties de requalifier un contrat clair et complet en vertu duquel elles ont posé des actes pour obtenir des avantages monétaires considérables du Régime d'assurance-santé de l'Ontario—Quiconque crée une fiction conventionnelle intentionnellement conçue pour représenter faussement un rapport juridique, et en bénéficie, ne peut invoquer ultérieurement la véritable réalité économique pour se soustraire aux désavantages fiscaux qui en découlent—Appel accueilli.

CANADA C. 1524994 ONTARIO LTD. (A-115-06, 2007 CAF 74, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 19-2-07, 9 p.)

## LOI SUR LE RECYCLAGE DES PRODUITS DE LA CRIMINALITÉ ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS TERRORISTES

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a confirmé la confiscation d'espèces non déclarées en application de l'art. 29(1)c) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17—La représentante du ministre croyait, semble-t-il, que le demandeur devait fournir une explication plausible hors de tout doute raisonnable pour réfuter les motifs raisonnables de soupçonner que les espèces étaient des produits de la criminalité—Sens attribué à l'expression « motifs raisonnables de soupçonner »—Des éléments de preuve objectifs et crédibles doivent étayer les soupçons alors que les éléments de preuve à l'appui des motifs de penser doivent être concluants—Pour réfuter des soupçons qui reposent sur des motifs raisonnables, le demandeur doit produire une preuve qui démontre hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas de motifs raisonnables de soupçonner—L'arbitre a commis une erreur de droit (et la représentante s'est manifestement fondée sur son avis) puisque la preuve hors de tout doute raisonnable suffisait pour faire obstacle aux motifs raisonnables de soupçonner—L'erreur n'était toutefois pas déterminante—Demande rejetée.

SELLATHURAI C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (T-155-06, 2007 CF 208, juge Simpson, jugement en date du 23-2-07, 33 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTRE DES DROITS

*Droits à l'égalité*

Contrôle judiciaire de la décision que Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) a prise pour conclure une seule Entente sur le développement des ressources humaines autochtones (EDRHA) à l'Île-du-Prince-Édouard avec la Confédération des Mi'kmaq de l'Île-du-Prince-Édouard—L'EDRHA remplace trois ententes antérieures, une avec chacune des deux bandes et une avec le Native Council représentant les Autochtones hors réserve—Les demandeurs sont des Autochtones hors réserve à l'Î.-P.-É.—Les Autochtones vivant dans une réserve à l'Î.-P.-É. constituent le groupe de comparaison pertinent—Il y a discrimination en l'espèce en contravention à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44)] puisque les demandeurs et d'autres Autochtones hors réserve sont exclus du contrôle de la communauté, ne pouvant voter pour le conseil—Le lieu de résidence autochtone est un motif analogue—La violation n'était pas justifiée par l'article premier puisqu'il ne s'agissait pas d'atteinte minimale—Demande accueillie—Il a été ordonné à RHDC de trouver, dans les 12 mois du jugement, le moyen de satisfaire à l'obligation d'inclure des représentants des Autochtones hors réserve dans l'entente révisée; l'entente existante devant continuer de produire ses effets jusqu'à ce que les modifications pertinentes soient négociées et mises en œuvre—RHDC n'a pas manqué à l'équité procédurale.

GALLANT C. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) (T-618-05, 2007 CF 1, juge Pinard, jugement en date du 3-1-07, 28 p.)

**DROIT D'AUTEUR**

## VIOLATION

Action en matière de droit d'auteur et de marques de commerce portant sur des disques compacts contenant des copies de divers logiciels de Microsoft et des documents connexes—Les CD et les documents connexes étaient contrefaits—Le droit d'action de Microsoft reposait sur la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 et la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13—La Cour a conclu selon la prépondérance de la preuve que les articles contrefaits ont été importés au Canada et que Inter-Plus (appellation sous laquelle les sociétés matricules défenderesses exerçaient leurs activités) et Carmelo Cerrelli savaient ou auraient dû savoir que les articles contrefaits constituaient une violation du droit d'auteur et des marques de commerce de Microsoft—Il n'est pas nécessaire de prouver qu'une personne a agi en connaissance de cause en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*—Inter-Plus et Cerrelli étaient responsables en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* et de la *Loi sur les marques de commerce*—La réparation habituelle, soit la remise des produits contrefaits, a été accordée en l'espèce—25 violations du droit d'auteur—Les sociétés défenderesses et Carmelo Cerrelli ont été condamnés à verser solidairement des dommages-intérêts préétablis de 500 000 \$, à raison d'une somme de 20 000 \$ par violation—Le comportement des défendeurs était scandaleux; Microsoft avait droit à des dommages-intérêts punitifs (100 000 \$ des deux sociétés matricules solidairement et 100 000 \$ de Carmelo Cerrelli)—Une injonction permanente a été accordée.

MICROSOFT CORP. C. 9038-3746 QUÉBEC INC. (T-1502-00, 2006 CF 1509, juge Harrington, jugement en date du 16-1-07, 50 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Contrôle judiciaire du rejet par la Commission canadienne des droits de la personne d'une plainte selon laquelle l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a fait preuve de discrimination fondée sur l'état familial à l'encontre de la demanderesse—La politique d'adaptation de l'ASFC pour les employés ayant des responsabilités parentales a obligé la demanderesse à accepter un poste à temps partiel en échange de quarts fixes—La décision de la Commission était déraisonnable et déficiente parce que la conclusion portant que la demanderesse a accepté de bon gré les conditions d'adaptation ne reposait pas sur un fondement rationnel—La Commission a déclaré qu'elle n'était pas convaincue que la politique relative aux quarts fixes nuisait gravement aux responsabilités parentales—Si elle estimait que la politique relative aux quarts de travail devait avoir des conséquences discriminatoires pour que la plainte puisse avancer, elle a associé à tort la discrimination à première vue et l'adaptation—Le fardeau de la preuve a été imposé à tort à la demanderesse—L'adoption apparente du critère relatif à l'entrave grave formulé par la C.A.C.-B. n'est pas conforme aux autorités qui imposent une discrimination à première vue—Demande accueillie.

JOHNSTONE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1523-05, 2007 CF 36, juge Barnes, jugement en date du 16-1-07, 20 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

## RELATIONS DU TRAVAIL

Le Conseil national de recherches du Canada (CNRC) a suspendu l'emploi du défendeur indéfiniment sans solde parce qu'il a refusé de se soumettre à un examen effectué par un médecin choisi par l'employeur—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre a déclaré que le CNRC n'avait pas de motifs suffisants pour faire une telle demande—Équilibre à assurer entre le droit à la vie privée de l'employé et le devoir légitime de l'employeur de fournir un lieu de travail sûr—Mesures que l'employeur doit prendre avant d'insister pour qu'un employé se soumette à un examen médical—Des préoccupations quant à la validité d'un congé de maladie ne justifient pas l'imposition d'un examen médical—Il doit y avoir des motifs « raisonnables et probables » de croire que l'employé constitue un danger pour le lieu de travail—Le CNRC n'a pas indiqué les motifs précis qui l'ont amené à croire que le défendeur posait un risque pour la sécurité—Il n'a pas fourni d'explication rationnelle pour refuser l'offre du défendeur de consulter d'autres médecins—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. GROVER (T-1975-05, 2007 CF 28, juge Shore, jugement en date du 16-1-07, 30 p.)

**FORCES ARMÉES**

Le Directeur—Poursuites militaires (le DPM) a demandé un *mandamus* pour obliger l'administrateur de la cour martiale (l'administrateur) à convoquer une Cour martiale permanente d'un ancien membre de la Deuxième Force opérationnelle

**FORCES ARMÉES—Fin**

interarmées (la FOI 2) et obliger le juge en chef militaire (le JCM) à charger un juge militaire de présider ces procédures—Le JCM a refusé de charger un juge de présider ces procédures parce que le nom et d'autres traits caractéristiques des membres de la FOI 2 sont classifiés « secrets »—En conséquence, l'administrateur n'avait pas assez d'information pour remplir l'ordre de convocation—À l'heure actuelle, la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 ne prévoit aucun mécanisme de résolution de questions préliminaires de confidentialité avant la convocation de la cour martiale—Le JCM et l'administrateur n'ont donc pas l'obligation légale d'agir à caractère public—De même, il y avait d'autres recours (notamment un accommodement administratif et une requête présentée en application des art. 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5)—À ce titre, les exigences applicables au *mandamus* n'ont pas été remplies—Demande rejetée.

CANADA (DIRECTEUR - POURSUITES MILITAIRES) C. CANADA (ADMINISTRATEUR DE LA COUR MARTIALE) (T-1967-05, 2006 CF 1532, juge Snider, ordonnance en date du 21-12-06, 55 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****PRATIQUE**

Demande en vue d'obtenir une ordonnance précisant que la date d'effet de la révocation de l'agrément du régime de pension n'est pas la date indiquée dans l'avis de révocation du ministre du Revenu—Le pouvoir du ministre de retirer l'agrément d'un régime de pension se trouve à l'art. 147.1(11) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—La demanderesse a contesté le caractère rétroactif de la révocation du ministre sur le fondement de la présomption de non-rétroactivité—Comme le régime n'a jamais eu pour objet de fournir des prestations de retraite aux employés, il ne pouvait être agréé dès ses débuts—Rien ne permettait à la Cour de conclure que le ministre avait commis une erreur lorsqu'il a établi que la date de création du régime était la date pertinente de révocation de l'agrément—Demande rejetée.

BOUDREAU C. M.R.N. (A-248-05, 2007 CAF 32, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 5-2-07, 12 p.)

Appels 1) d'une ordonnance interlocutoire de la Cour canadienne de l'impôt (CCI) refusant certaines modifications de fond demandées par la Couronne en réponse à l'avis d'appel de l'intimée; 2) d'une ordonnance modifiée délivrée par la CCI—Appel incident intenté par l'intimée, qui conteste les modifications que la CCI a acceptées—La question fondamentale à trancher dans le cadre des appels et de l'appel incident portait sur les répercussions juridiques découlant de la renonciation à l'application de la période normale de nouvelle cotisation et la mesure dans laquelle le MRN est empêché de défendre une nouvelle cotisation établie suivant une renonciation en raison de la question qui est y énoncée—La renonciation qui est accordée par le contribuable et acceptée par le ministre donne lieu à une bonne affaire—La décision de la CCI portant que l'ajout proposé du revenu étranger accumulé, tiré de biens au revenu de l'intimée n'est pas une question qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à une question précisée dans une renonciation était correcte et la CCI pouvait en arriver à cette conclusion—Comme les modifications en cause avaient pour objet de dresser un tableau complet des transactions que la nouvelle cotisation tentait de reclasser en vertu de la règle générale anti-évitement, il était loisible à la CCI de conclure qu'il était raisonnable de considérer qu'elles se rapportaient à une question précisée dans les renonciations—Appels et appel incident rejetés.

CANADA C. HONEYWELL LTD. (A-291-06, A-406-06, 2007 CAF 22, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 16-1-07, 15 p.)

**PÊCHES**

Appel et appel incident de la décision par laquelle la Cour fédérale (2005 CF 1011) a rejeté les allégations selon lesquelles la Couronne était soumise à une responsabilité civile délictuelle, a confirmé la validité du *Règlement sur la protection de la pêche côtière*, C.R.C., ch. 413, mais a accordé des dommages-intérêts de 137 052,57 \$ avec intérêt—Agissant sous l'autorité du *Règlement*, des agents des pêches canadiens et des membres de la GRC ont saisi l'*Estai*, un bateau de pêche espagnol, en haute mer; ils l'ont forcé à se diriger vers St. John's (Terre-Neuve) et ils ont porté des accusations contre le capitaine et le bateau pour avoir pêché des stocks chevauchants dans la zone de réglementation—Les accusations ont été retirées par la suite—1) Appel incident rejeté—Examen de la jurisprudence relative aux conséquences juridiques découlant d'une déclaration d'invalidité de la loi—La saisie de l'*Estai* était légitime puisque les agents qui ont procédé à la saisie étaient habilités à agir ainsi à l'époque; ils possédaient le pouvoir de fait d'agir de la sorte—L'allégation selon laquelle le *Règlement* n'a pas été édicté en vue de l'objet prévu par la loi habilitante ne constituait pas une allégation d'insouciance ou de mauvaise foi—En l'absence d'allégations de

**PÊCHES—Fin**

mauvaise foi et d'insouciance, l'objectif visé par l'adoption du Règlement n'est pas pertinent—L'interdiction empêchant les bateaux espagnols et portugais de pêcher le flétan du Groenland dans la zone de réglementation de l'OPAN constitue une mesure de conservation visée par l'autorité que la loi habilitante confère au gouverneur en conseil—2) Appel accueilli—L'action ayant été rejetée, rien ne justifie l'octroi de dommages-intérêts.

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-430-05, 2007 CAF 20, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 12-1-07, 47 p.)

**PRATIQUE****PARTIES***Qualité pour agir*

La demanderesse est une association industrielle qui représente la plupart des fabricants canadiens de médicaments génériques—Elle a demandé une ordonnance portant que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, est invalide et inopérant—Requête en radiation de l'avis de demande de contrôle judiciaire au motif que la demanderesse n'avait pas qualité pour agir—La demanderesse a soulevé d'importantes questions—Il n'est pas clair et évident qu'elle n'avait pas la qualité d'agir de plein droit, à titre de représentant officieux d'une catégorie de plaideurs, ou que l'intérêt public ne militait pas contre cette qualité—Requête rejetée—Les sociétés pharmaceutiques à base de recherche du Canada se sont vu octroyer la qualité d'intervenant.

ASSOC. CANADIENNE DU MÉDICAMENT GÉNÉRIQUE C. CANADA (GOUVERNEUR EN CONSEIL) (T-1976-06, 2007 CF 154, juge Harrington, ordonnances en date du 9-2-07, 12 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>