



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 3, Part 1

2009, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2009] 3 F.C.R., 3–199

Renvoi [2009] 3 R.C.F., 3–199

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2009.

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

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'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Judgments	3-199
Digests	D-1

SOMMAIRE

Jugements	3-199
Fiches analytiques	F-1

A v. Canada (Attorney General) (F.C.) 3

Practice—Confidentiality Orders—Judicial review of decision of Public Service Commission (PSC) to publish applicants' "personal information"—Motions for order granting authorization to file and prosecute applications anonymously and for order information filed to be treated confidentially—Mr. X, former federal public servant, investigated for alleged wrongdoing during staffing process—PSC intending to post on Web site personal information about Mr. X collected during investigation—Monsieur A and Madame B claiming personal information concerning them included in materials PSC intending to publish—Confidentiality orders not lightly granted, as impinging upon quasi-constitutional principle of open and accessible court proceedings—Parties' legitimate confidentiality interests and public's right of access to judicial proceedings balanced by

A c. Canada (Procureur Général) (C.F.) 3

Pratique—Ordonnances de confidentialité—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de la fonction publique (la CFP) de publier les « renseignements personnels » des demandeurs—Requêtes sollicitant une ordonnance autorisant les demandeurs à déposer et à poursuivre ces demandes de façon anonyme et une ordonnance prescrivant que les renseignements déposés soient traités confidentiellement—M. X, un ancien fonctionnaire de la fonction publique fédérale, a fait l'objet d'une enquête quant à un prétendu acte répréhensible commis durant un processus de dotation—La CFP entendait afficher sur son site Web des renseignements personnels sur M. X recueillis pendant l'enquête—Monsieur A et Madame B affirment que les documents que la CFP avait l'intention de publier contiennent des renseignements personnels à leur sujet—Les ordonnances

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

protecting applicants' names, addresses—Exact designation of position(s) held by Mr. X also included in confidentiality order—Information such as department, level of seniority and responsibility of Mr. X, relevant to determination of issues in application and not confidential—Information as to specific acts of alleged wrongdoing by Mr. X also not confidential—Ability of parties to make complete representations on public record in relation to issues, and of Court to publicly consider them, should not be curtailed in absence of clear evidence of real risk of substantial harm—References to specific relationship between parties and other personal information volunteered, redacted—Order granted.

Aujla v. Canada (F.C.A.) 93

Corporations—Appeals from Tax Court of Canada decision allowing respondents' appeals against assessments issued pursuant to *Excise Tax Act* (ETA), s. 323(1) for outstanding liability for goods, services tax (GST), interest, penalties of Aujla Construction Ltd. (Company) at time struck from register of companies under British Columbia's *Company Act* (BCCA)—Company dissolved almost one year after assessments issued but restored to register of companies by means of court order—Respondents claiming ceasing to be Company's directors after Company dissolved, opposing assessments on basis issued after two-year limitation period in ETA, s. 323(5)—BCCA, s. 262(2) (restored company deemed to have continued in existence) not resulting in retroactive reconstitution of respondents' directorships—BCCA, s. 263 empowering British Columbia Supreme Court to order retroactive restoration of company, retroactive reconstitution of directorships—However, since court order herein not specifying directorships restored, respondents not reconstituted as directors—Appeals dismissed—*Per* Blais J.A. (dissenting): Although court order not expressly restoring respondents' directorships, having effect thereof since respondents never ceasing to hold office under BCCA, order specifying company's dissolution deemed never to have occurred, restoring company to register without directors would violate BCCA, s. 108.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de confidentialité ne doivent pas être accordées à la légère parce qu'elles empiètent sur le principe quasi constitutionnel de la publicité des débats judiciaires—Mise en équilibre de l'intérêt légitime des parties à la confidentialité et du droit du public à l'accès aux débats judiciaires en protégeant les nom et adresse des demandeurs—Le titre exact du ou des postes occupés par M. X était aussi inclus dans l'ordonnance de confidentialité—Les renseignements concernant le ministère, l'ancienneté et le niveau des responsabilités de M. X entraient en ligne de compte dans la solution des questions à trancher en l'espèce et n'étaient pas confidentiels, non plus que les renseignements quant aux gestes particuliers qu'on lui reprochait—À défaut d'une preuve claire établissant l'existence d'un risque réel de préjudice grave, il convient de ne pas entraver la capacité des parties de présenter publiquement des observations exhaustives sur les questions et la capacité de la Cour de les analyser publiquement—Toute mention des rapports précis entre les parties et des autres renseignements personnels qu'elles ont dévoilés de plein gré est retranchée—Ordonnance accordée.

Aujla c. Canada (C.A.F.) 93

Sociétés—Appels de la décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant les appels interjetés par les intimés à l'encontre de cotisations établies à leur égard en vertu de l'art. 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* (la LTA) pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. (la société) en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la *Company Act* de la Colombie-Britannique—La société a été dissoute environ un an après la date de la cotisation, mais elle a été réinscrite au registre par suite d'une ordonnance de la Cour—Les intimés affirmaient qu'ils avaient cessé d'être des administrateurs de la société à la date de sa dissolution et s'opposaient aux cotisations au motif qu'elles avaient été établies après l'expiration du délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 323(5) de la LTA—L'art. 262(2) de la *Company Act* (qui dispose qu'une société réinscrite est réputée avoir continué d'exister) n'avait pas pour effet de réintégrer rétroactivement les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs—L'art. 263 de la *Company Act* habilite la Cour suprême de la Colombie-Britannique à ordonner la réinscription rétroactive de la société et la réintégration rétroactive des intimés dans leurs fonctions d'administrateurs—Cependant, comme l'ordonnance de la Cour en l'espèce ne renfermait pas la moindre mention de la réintégration, les intimés n'ont pas été réintégrés dans leurs fonctions d'administrateurs—Appels rejetés—Selon le juge Blais, J.C.A. (dissident) : Bien qu'elle ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Customs and Excise—*Excise Tax Act*—Assessments issued pursuant to *Excise Tax Act* (ETA), s. 323(1) for outstanding liability for goods, services tax (GST), interest, penalties of Aujla Construction Ltd. at time struck from register of companies under British Columbia's *Company Act* (BCCA)—Whether limitation period in ETA, s. 323(5) preventing Minister from assessing respondents—Respondents ceasing to be directors when Company dissolved, court order restoring Company not reconstituting respondents as directors—Therefore, respondents entitled to resist assessments since issued after limitation period—*Per* Blais J.A. (dissenting): Because respondents failing to resign from Company before dissolution thereof, cannot benefit from two-year limitation period under ETA, s. 323.

Construction of Statutes—Assessments issued pursuant to *Excise Tax Act*, s. 323(1) for outstanding liability for goods, services tax (GST), interest, penalties of Aujla Construction Ltd. (Company) at time struck from register of companies under British Columbia *Company Act*—Company dissolved almost one year after assessments issued but restored to register of companies by means of court order pursuant to *Company Act*, s. 263—*Company Act*, s. 262(2) providing company restored to register deemed to have continued in existence, not retroactively restoring corporate existence (i.e. directorships)—Explicit language required for court order to reconstitute directorships pursuant to *Company Act*, s. 263.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

fasse aucune mention explicite de la réintégration des administrateurs, l'ordonnance de la Cour devait avoir cet effet étant donné que les intimés n'ont jamais cessé d'occuper leur poste au sens de la *Company Act*, que l'ordonnance prévoyant la dissolution de la société était présumée n'avoir jamais eu lieu et que le rétablissement de l'inscription de la société au registre sans administrateurs aurait enfreint l'art. 108 de la *Company Act*.

Douanes et Accise—*Loi sur la taxe d'accise*—Cotisations établies en vertu de l'art. 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* (la LTA) pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la *Company Act* de la Colombie-Britannique—Il s'agissait de savoir si le délai de prescription prévu à l'art. 323(5) de la LTA empêchait le ministre d'établir une cotisation à l'égard des intimés—Les intimés avaient cessé d'être des administrateurs de la société à la date de sa dissolution, l'ordonnance de la Cour rétablissant l'existence de la société n'a pas réintégré les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs—Les intimés avaient donc le droit de s'opposer aux cotisations étant donné qu'elles ont été établies après l'expiration du délai de prescription—Selon le juge Blais, J.C.A. (dissident) : Étant donné que les intimés n'ont pas remis leur démission avant la dissolution de la société, ils ne pouvaient pas invoquer le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 323 de la LTA.

Interprétation des lois—Cotisations établies en vertu de l'art. 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. (la société) en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la *Company Act* de la Colombie-Britannique—La société a été dissoute environ un an après la date de la cotisation, mais elle a été réinscrite au registre au moyen d'une ordonnance de la Cour en vertu de l'art. 263 de la *Company Act*—L'art. 262(2) de la *Company Act* dispose qu'une société est réputée avoir continué d'exister si elle est réinscrite au registre et n'a pas pour effet de rétablir rétroactivement l'existence en tant que personne morale de la société en question (en l'occurrence les fonctions d'administrateurs)—Un texte explicite est nécessaire pour que l'ordonnance de la Cour réintègre les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs en vertu de l'art. 263 de la *Company Act*.

Suite à la page suivante

**Canadian Council for Refugees v. Canada
(F.C.A.) 136**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Appeal from Federal Court decision declaring invalid *Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 159.1-159.7, *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries*—Factors to be considered before designating safe third country under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 102(1) set out in IRPA, s. 102(2)—Compliance with *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 33, *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Art. 3 to be assessed on basis of appreciation by Governor in Council (GIC) of country's policies, practices, human rights record—As GIC giving due consideration to factors, forming opinion U.S. compliant, nothing left to judicially review—GIC's obligation to review limited to monitoring IRPA, s. 102(2) factors so as to be in position to reassess opportunity of maintaining designation should evolution of factors so require—Appeal allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Whether *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries, Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 159.1-159.7 (implementing Regulations) violating Charter, ss. 7, 15—Respondent organizations' ability to bring Charter challenge depending on John Doe—As latter never presenting himself at border, never requesting determination regarding eligibility, no factual basis upon which to assess alleged Charter breaches.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 102(1) providing broad grant of authority to give effect to Parliament's expressed intent responsibility for consideration of refugee claims be shared with countries respectful of human rights, obligations under *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Convention against Torture*

Continued on next page

**Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada
(C.A.F.) 136**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Appel de la décision de la Cour fédérale déclarant invalides les art. 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays*—Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un tiers pays sûr en application de l'art. 102(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) sont énoncés à l'art. 102(2) de la LIPR—La conformité à l'art. 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* et à l'art. 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* doit être examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le gouverneur en conseil (le GC), des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays—Comme le GC avait tenu compte des facteurs de manière appropriée et qu'il était arrivé à la conclusion que les États-Unis se conformaient, il n'y avait plus rien qui puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire—L'obligation du GC d'assurer le suivi est limitée à surveiller l'observation des facteurs énoncés à l'art. 102(2) afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Il s'agissait de savoir si l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays* et les art. 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement de mise en œuvre) contrevenaient aux art. 7 et 15 de la Charte—La capacité des organisations intimées de déposer une contestation fondée sur la Charte dépendait de M. Untel—Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière et n'ayant jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile, aucun fait ne justifiait un examen des prétendues atteintes à la Charte.

Interprétation des lois—L'art. 102(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) confère un vaste pouvoir dans le but de donner effet à l'intention exprimée par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l'examen des demandes d'asile soit partagée avec des pays qui respectent les droits de la personne et les obligations que leur imposent la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment—Factors to be considered, set out in IRPA, s. 102(2), general in nature, indicative of Parliament’s intent matter of compliance be assessed on basis of appreciation by Governor in Council of country’s policies, practices, human rights record.

FMC Technologies Co. v. M.N.R. (F.C.) 48

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of Minister of National Revenue’s refusal of request for refund of overpayment of taxes allegedly paid on company’s account for 1999-2002 taxation years—Applicant wholly owned subsidiary of non-resident Swiss company, FMC International, A.G. (FMCI)—Applicant, others entering into Terra Nova Development Project Alliance Agreement with oil fields owners, including Petro Canada—In accordance with Agreement, FMCI subcontracting to applicant in-Canada responsibility for services, installations, procurement, assigning revenues generated on work performed by applicant in relation to Terra Nova Project—In accordance with *Income Tax Regulations*, s. 105, Petro-Canada required to pay 15% of amount invoiced by applicant because paid to non-resident FMCI, not applicant—Applicant indemnifying Petro-Canada for taxes withheld—*Federal Courts Act*, s. 18.5 excepting from judicial review decisions expressly subject to appeal to Tax Court of Canada—Federal Court must be cautious in assuming jurisdiction in tax matters so as not to encroach on Tax Court of Canada’s jurisdiction—Applicant trying to indirectly challenge withholding tax assessment levied against Petro-Canada—Federal Court not having jurisdiction to review tax assessments—Tax Court having exclusive jurisdiction over such reviews—Application allowed.

Income Tax—Non-Residents—Judicial review of Minister of National Revenue’s refusal of request for refund of overpayment of taxes allegedly paid on company’s account for 1999-2002 taxation years—Non-resident parent company legal payee of payments under contract to develop oil fields—Not changed by FMCI’s subcontract between parent, applicant or assignment of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants—Les facteurs dont il faut tenir compte sont énoncés à l’art. 102(2) de la LIPR et il s’agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d’une évaluation, faite par le gouverneur en conseil, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays.

FMC Technologies Co. c. M.R.N. (C.F.) 48

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national portant rejet de la demande de remboursement d’un montant censément payé en trop au titre des années d’imposition 1999 à 2002—La demanderesse est une filiale en propriété exclusive d’une société suisse non-résidente, soit FMC International, A.G. (FMCI)—La demanderesse et des tiers ont conclu avec les propriétaires du champ pétrolifère, dont Petro-Canada, un accord d’exploitation du champ pétrolifère Terra Nova—Conformément à l’accord, FMCI a donné en sous-traitance à la demanderesse la responsabilité d’assurer la fourniture de services, d’installations et de matières sur le territoire terrestre du Canada et lui a cédé les revenus générés par les travaux qu’elle a effectués relativement au projet Terra Nova—Conformément à l’art. 105 du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, Petro-Canada est tenue de verser 15 % du montant facturé par la demanderesse parce que le montant a été versé à FMCI, une non-résidente, et non à la demanderesse—Cette dernière a indemnisé Petro-Canada pour la retenue d’impôt—L’art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* soustrait du contrôle judiciaire les décisions dont il peut être expressément interjeté appel à la Cour canadienne de l’impôt—La Cour fédérale doit faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit de se déclarer compétente en matière fiscale, de manière à ne pas empiéter sur le ressort de la Cour canadienne de l’impôt—La demanderesse essayait de contester d’une manière indirecte la cotisation d’impôt à retenir établie à l’égard de Petro-Canada—La Cour fédérale n’a pas compétence pour examiner les cotisations fiscales—L’examen de ces cotisations est du ressort exclusif de la Cour canadienne de l’impôt—Demande accueillie.

Impôt sur le revenu—Non-résidents—Contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national portant rejet de la demande de remboursement d’un montant censément payé en trop au titre des années d’imposition 1999 à 2002—La société mère non-résidente était le bénéficiaire en droit des paiements en question en vertu du contrat d’exploitation des champs pétro-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

revenues to applicant—Payments subject to 15% withholding tax under *Income Tax Regulations*, s. 105.

Getkate v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 26

Penitentiaries—Judicial review of decisions of Minister refusing request by applicant, Canadian citizen incarcerated in United States, to serve prison sentence in Canada, pursuant to *International Transfer of Offenders Act*, s. 10(1)(a),(b)—Act, s. 8 requiring consent of offender, foreign entity and Canada before transfer occurs—Consent to transfer by United States, but not Canada—Reasons articulated by Minister contrary to evidence and to assessment, recommendations by own Department—Evidence applicant undergoing, accepting therapy well, having strong social, family ties in Canada—No evidence applicant constituting potential threat to safety of Canadians, security of Canada—Application allowed.

Construction of Statutes—*International Transfer of Offenders Act*, s. 10(1)(a)—“Threat to the security of Canada”—Traditionally limited in other legislation to threats of general terrorism and warfare against Canada or threats to security of Canadians en masse—General threat to re-offend herein not “threat to the security of Canada”.

Constitutional Law—Charter of Rights—Mobility Rights—In context of transfer under *International Transfer of Offenders Act*, applicant’s Charter mobility rights not engaged and, if engaged, provisions of Act constituting reasonable limitation on rights—Applicant’s mobility already restricted by U.S. prison sentence due to own illegal activity—No automatic consent to transfer by Canada without considering object of international treaty agreement for better rehabilitation of prisoner.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lifères—Le contrat de sous-traitance de FMCI entre la société mère et la demanderesse et la cession des revenus à la demanderesse ne changeaient rien à ce fait—Les paiements étaient assujettis à une retenue d’impôt de 15 % en vertu de l’art. 105 du *Règlement de l’impôt sur le revenu*.

Getkate c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) 26

Pénitenciers—Contrôle judiciaire de décisions dans lesquelles le ministre a refusé au demandeur, un citoyen canadien incarcéré aux États-Unis, la possibilité de purger sa peine d’emprisonnement au Canada en vertu des art. 10(1)a) et b) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*—L’art. 8 de la Loi précise qu’un transfèrement ne peut avoir lieu qu’avec le consentement du délinquant, celui de l’entité étrangère et celui du Canada—Les États-Unis ont approuvé le transfèrement, mais pas le Canada—Les motifs invoqués par le ministre allaient à l’encontre de la preuve ainsi que de l’évaluation et des recommandations de son propre ministère—Des éléments de preuve démontraient que le demandeur suivait une thérapie et recevait bien les traitements et qu’il avait des liens sociaux et familiaux étroits au Canada—Il n’apparaissait nulle part que le demandeur constituait une menace pour la sécurité du public ou la sécurité du Canada—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Art. 10(1)a) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*—« Menace pour la sécurité du Canada »—Cette expression a toujours été limitée, dans les autres lois, aux menaces de terrorisme et de guerre en général contre le Canada ou aux menaces pour la sécurité de la population tout entière—La menace générale de récidive en l’espèce ne constitue pas une « menace pour la sécurité du Canada ».

Droit constitutionnel—Charte des droits—Liberté de circulation et d’établissement—S’agissant d’un transfèrement selon la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, la liberté de circulation et d’établissement conférée par la Charte n’entraîne pas en jeu et, si elle entraîne en jeu, alors les dispositions contenues dans la Loi constitueraient une limite raisonnable à cette liberté—Cette liberté du demandeur a déjà été restreinte par l’effet de l’emprisonnement aux États-Unis attribuable à ses propres actes illégaux—Le Canada ne saurait automatiquement consentir au transfèrement sans d’abord se demander si cela répondrait à l’objet de l’accord international, qui est de favoriser la réadaptation du détenu.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Johnson v. Bell Canada (F.C.) 67

Privacy—*Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA)—Judicial review of Privacy Commissioner’s conclusion respondent employer having met obligation under PIPEDA to disclose personal information in response to applicant employee’s request for access to e-mail messages relating to him—Personal e-mails not collected by respondent in connection with operation of federal work, undertaking or business within meaning of PIPEDA, s. 4(1)(b)—Exemption from application of PIPEDA in PIPEDA, s. 4(2)(b), available to exclude personal information collected, used or disclosed by individual solely for personal or domestic purposes, not forfeit simply because individual using equipment available by virtue of employment or position—Organization receiving broad request for access having two options: ask party making request to be more specific, conduct reasonable search of information reasonably expected to be responsive to request—Respondent’s search meeting obligations under PIPEDA—Also no evidence respondent not abiding by PIPEDA, s. 8(8), which requires organization retain information responsive to request discovered in search until person making request exhausting all avenues of appeal—Application dismissed.

Qasem v. M.N.R. (F.C.A.) 23

Customs and Excise—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*—Appeal from decision of Federal Court setting aside decision by Minister, pursuant to Act, s. 29, to maintain forfeiture of funds—Recent F.C.A. decisions answering issue at bar—Once respondent unable to satisfy Minister’s request for evidence money legitimately obtained, Minister entitled to decline to exercise discretion to grant relief from forfeiture—Appeal allowed.

SOMMAIRE (Fin)

Johnson c. Bell Canada (C.F.) 67

Protection des renseignements personnels—*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la LPRPDE)—Contrôle judiciaire de la conclusion du commissaire à la protection de la vie privée portant que l’employeur défendeur s’était acquitté de son obligation issue de la LPRPDE de divulguer des renseignements personnels en réponse à la demande d’accès de l’employé demandeur aux messages électroniques le concernant—Les courriels personnels n’ont pas été recueillis par la défenderesse dans le cadre d’une entreprise fédérale au sens de l’art. 4(1)(b) de la LPRPDE—La dispense de l’application de la LPRPDE prévue à l’art. 4(2)(b) de la LPRPDE peut être invoquée pour exclure les renseignements personnels qu’un particulier recueille, utilise ou communique exclusivement à des fins personnelles ou domestiques, et cette dispense ne peut être écartée du simple fait que l’équipement dont l’intéressé s’est servi, il y avait accès en raison de son emploi ou de son poste—L’organisation qui reçoit une demande d’accès large dispose de deux possibilités : elle peut soit demander à l’auteur de la demande s’il peut cibler celle-ci davantage, soit procéder à une recherche raisonnable de renseignements de laquelle elle peut attendre raisonnablement une réponse à la demande d’accès—La défenderesse a effectué une recherche qui lui a permis de s’acquitter des obligations issues de la LPRPDE—Aucune preuve ne laissait croire que la défenderesse n’observait pas l’art. 8(8) de la LPRPDE, qui impose à une organisation l’obligation de conserver les renseignements pouvant s’avérer pertinents pour donner suite à la demande le temps nécessaire pour que l’auteur de celle-ci ait épuisé ses voies d’appel—Demande rejetée.

Qasem c. M.R.N. (C.A.F.) 23

Douanes et Accise—*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision du ministre de confirmer la confiscation des espèces en vertu de l’art. 29 de la Loi—Des arrêts récents de la C.A.F. répondent à la question litigieuse en l’espèce—Dès que l’intimé se fut révélé incapable de répondre à l’invitation du ministre à produire des éléments établissant que l’argent avait été légitimement obtenu, le ministre était en droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire de restitution ou de confirmation de la confiscation—Appel accueilli.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General), [2009] 2 F.C.R. 347 (F.C.) has been reversed on appeal (A-446-08, 2009 FCA 214). The reasons for judgment, handed down June 23, 2009, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Khadr v. Canada (Prime Minister), T-1228-08, 2009 FC 405, has been affirmed on appeal (A-208-09, 2009 FCA 246). The reasons for judgment, handed down August 14, 2009, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Deng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-244-08, 2009 FCA 59, Létourneau J.A., judgment dated February 26, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused July 9, 2009.

Drosdovech v. M.N.R., A-202-08, 2009 FCA 55, Trudel J.A., judgment dated February 25, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused July 9, 2009.

Harris v. Canada (Minister of Human Resources and Skills Development), A-79-08, 2009 FCA 22, Evans and Ryer J.J.A., judgment dated January 26, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused July 9, 2009.

RCI Environnement Inc. v. Canada, A-35-08, 2008 FCA 419, Noël J.A., judgment dated December 29, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused July 2, 2009.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, [2009] 2 R.C.F. 347 (C.F.) a été infirmée en appel (A-446-08, 2009 CAF 214). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 23 juin 2009, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, T-1228-08, 2009 CF 405, a été confirmée en appel (A-208-09, 2009 CAF 246). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 14 août 2009, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Deng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-244-08, 2009 CAF 59, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 26 février 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 juillet 2009.

Drosdovech c. M.R.N., A-202-08, 2009 CAF 55, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 25 février 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 juillet 2009.

Harris c. Canada (Ministre des Ressources humaines et Développement des compétences), A-79-08, 2009 CAF 22, les juges Evans et Ryer, J.C.A., jugement en date du 26 janvier 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 juillet 2009.

RCI Environnement Inc. c. Canada, A-35-08, 2008 CAF 419, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 29 décembre 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 juillet 2009.

**Federal Courts
Reports**

2009, Vol. 3, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 3, 1^{er} fascicule

2008 FC 1115
T-1256-08

2008 CF 1115
T-1256-08

Monsieur A et Madame B (*Applicants*)

Monsieur A et Madame B (*demandeurs*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

T-1257-08

T-1257-08

Mr. X (*Applicant*)

M. X (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: A v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : A C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Tabib P.—Ottawa, September 4; October 3, 2008.

Cour fédérale, protonotaire Tabib—Ottawa, 4 septembre; 3 octobre 2008.

Practice — Confidentiality Orders — Judicial review of decision of Public Service Commission (PSC) to publish applicants' "personal information" — Motions for order granting authorization to file and prosecute applications anonymously and for order information filed to be treated confidentially — Mr. X, former federal public servant, investigated for alleged wrongdoing during staffing process — PSC intending to post on Web site personal information about Mr. X collected during investigation — Monsieur A and Madame B claiming personal information concerning them included in materials PSC intending to publish — Confidentiality orders not lightly granted, as impinging upon quasi-constitutional principle of open and accessible court proceedings — Parties' legitimate confidentiality interests and public's right of access to judicial proceedings balanced by protecting applicants' names, addresses — Exact designation of position(s) held by Mr. X also included in confidentiality order — Information such as department, level of seniority and responsibility of Mr. X, relevant to determination of issues in application and not confidential — Information as to specific acts of alleged wrongdoing by Mr. X also not confidential — Ability of parties to make complete representations on public record in relation to issues, and of Court to publicly consider them, should not be curtailed in absence of clear evidence of real risk of substantial harm — References to specific relationship between parties and other personal information volunteered, redacted — Order granted.

Pratique — Ordonnances de confidentialité — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de la fonction publique (la CFP) de publier les « renseignements personnels » des demandeurs — Requêtes sollicitant une ordonnance autorisant les demandeurs à déposer et à poursuivre ces demandes de façon anonyme et une ordonnance prescrivant que les renseignements déposés soient traités confidentiellement — M. X, un ancien fonctionnaire de la fonction publique fédérale, a fait l'objet d'une enquête quant à un prétendu acte répréhensible commis durant un processus de dotation — La CFP entendait afficher sur son site Web des renseignements personnels sur M. X recueillis pendant l'enquête — Monsieur A et Madame B affirment que les documents que la CFP avait l'intention de publier contiennent des renseignements personnels à leur sujet — Les ordonnances de confidentialité ne doivent pas être accordées à la légère parce qu'elles empiètent sur le principe quasi constitutionnel de la publicité des débats judiciaires — Mise en équilibre de l'intérêt légitime des parties à la confidentialité et du droit du public à l'accès aux débats judiciaires en protégeant les nom et adresse des demandeurs — Le titre exact du ou des postes occupés par M. X était aussi inclus dans l'ordonnance de confidentialité — Les renseignements concernant le ministère, l'ancienneté et le niveau des responsabilités de M. X entraînent en ligne de compte dans la solution des questions à trancher en l'espèce et n'étaient pas confidentiels, non plus que les renseignements quant aux gestes particuliers qu'on lui reprochait — À défaut d'une preuve claire établissant l'existence d'un risque réel de préjudice grave,

The Court was seized of motions for a confidentiality order in the context of applications for judicial review of the decision of the Public Service Commission of Canada (PSC) to publish the applicants' "personal information". The applicants sought an order authorizing them to file and prosecute these applications anonymously and an order that certain documents and information filed in their applications be treated confidentially.

Mr. X is a former federal public servant. The PSC intends to include in a summary of its annual report (which is destined to be posted publicly on its Web site) personal information about Mr. X collected during an investigation stemming from allegations of wrongdoing on his part during a staffing process. Monsieur A and Madame B are persons who claim that personal information concerning them is included in the materials the PSC intends to publish.

The applicants sought the following relief: (1) that each of their names and addresses be kept confidential; (2) that "information that would lead to the identification of Mr. X" be kept confidential; and (3) for Monsieur A and Madame B, that the relation in which they stand to Mr. X be kept confidential.

Held, the order should be granted.

(1) Confidentiality orders such as the one sought in this matter should not lightly be granted, as they impinge upon the quasi-constitutional principle of open and accessible court proceedings.

People's names, in isolation, do not generally incite privacy concerns; it is when these names are associated with or related to other information or circumstances that privacy issues arise. The balancing of the parties' legitimate confidentiality interests and the public's right of access to judicial proceedings could be best accommodated by protecting the applicants' names and addresses, provided that the circumstances giving rise to the application and the decision of the PSC to publish the summary, including the summary itself (with names redacted), were otherwise publicly filed. Notwithstanding the confidential filing of an amended notice of application in which the style of cause stated the applicants' full names, all future filings in this matter should continue to use the designations Mr. X, Monsieur A and Madame B in the style of cause.

il convient de ne pas entraver la capacité des parties de présenter publiquement des observations exhaustives sur les questions et la capacité de la Cour de les analyser publiquement — Toute mention des rapports précis entre les parties et des autres renseignements personnels qu'elles ont dévoilés de plein gré est retranchée — Ordonnance accordée.

La Cour devait statuer sur des requêtes en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de la fonction publique (la CFP) de publier les « renseignements personnels » des demandeurs. Ces derniers ont sollicité une ordonnance les autorisant à déposer et à poursuivre ces demandes de façon anonyme et une ordonnance prescrivant que certains documents et renseignements déposés dans leurs demandes soient traités confidentiellement.

M. X est un ancien fonctionnaire de la fonction publique fédérale. La CFP entend inclure dans un résumé de son rapport annuel (destiné à être publié dans son site Web) des renseignements personnels sur M. X recueillis au cours d'une enquête découlant d'allégations selon lesquelles il avait commis un acte répréhensible durant un processus de dotation. Monsieur A et Madame B affirment que les documents que la CFP a l'intention de publier contiennent des renseignements personnels à leur sujet.

Les demandeurs souhaitent obtenir les réparations suivantes : 1) que les nom et adresse de chacun d'entre eux soient gardés confidentiels; 2) que les « renseignements qui conduiraient à l'identification de M. X » soient gardés confidentiels; et 3) pour ce qui est de Monsieur A et Madame B, que les rapports qui les lient à M. X soient gardés confidentiels.

Jugement : l'ordonnance doit être accordée.

1) Les ordonnances de confidentialité comme celle sollicitée en l'espèce ne doivent pas être accordées à la légère, parce qu'elles empiètent sur le principe quasi constitutionnel de la publicité des débats judiciaires.

Le nom des gens ne soulève généralement pas, en soi, de préoccupations relatives au respect de la vie privée; ces préoccupations surviennent lorsque les noms sont associés ou liés à d'autres renseignements ou à d'autres circonstances. La mise en équilibre de l'intérêt légitime des parties à la confidentialité et le droit du public à l'accès aux débats judiciaires consiste à protéger les nom et adresse des demandeurs, à condition que les circonstances à l'origine de la demande et la décision de la CFP de publier le résumé, y compris le résumé lui-même (dont les noms auront été expurgés), soient déposés publiquement. Malgré le dépôt confidentiel d'un avis de demande modifié dont l'intitulé énonce le nom complet des demandeurs, tous les documents qui seront déposés à l'avenir dans la présente instance continueront à employer les désignations M. X, Monsieur A et Madame B dans l'intitulé.

(2) The exact designation of the position or positions held by Mr. X was also included in the confidentiality order. Information such as the department for which Mr. X worked, and the level of seniority and responsibilities of the position he occupied, could be relevant to determination of the issues in this application and was not confidential. Information as to the specific alleged wrongdoing by Mr. X was also not confidential. The ability of the parties to make complete representations on the public record in relation to these issues, and of the Court to publicly consider them, should not be curtailed in the absence of clear evidence of a real risk of substantial harm.

(3) Expecting that simple identification of the generic relation in which the applicants stand to Mr. X will be all that is needed to support the applicants' arguments, references to the specific relationship between the parties and other personal information they volunteered, such as studies and medical information, should be redacted from the affidavits and exhibits already filed in the public record, and from exhibits to be filed and the certified record of the PSC. Any mention of the generic, non-specific nature of that relationship (such as neighbours, co-workers, family members, etc.) was to remain.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 24, 51 (as am. *idem*, s. 33; 2007-130, s. 3), 67.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

John Doe v. Canada (Attorney General) (2003), 227 F.T.R. 206; 2003 FCT 117.

REFERRED TO:

Named Person v. Vancouver Sun, [2007] 3 S.C.R. 253; (2007), 285 D.L.R. (4th) 193; [2008] 1 W.W.R. 223; 2007 SCC 43; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332; (2004), 240 D.L.R. (4th) 147; [2005] 2 W.W.R. 671; 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522; (2002), 211 D.L.R. (4th) 193; 40 Admin. L.R. (3d) 1; 2002 SCC 41; *John Doe v. Canada (Minister of Justice)* (2008), 299 D.L.R. (4th) 762; 2008 FC 916.

2) Le titre exact du ou des postes occupés par M. X était aussi inclus dans l'ordonnance de confidentialité. Les renseignements concernant le ministère où il travaillait, son ancienneté et le niveau des responsabilités qui lui étaient confiées pourraient entrer en ligne de compte dans la solution des questions à trancher en l'espèce et n'étaient pas confidentiels, non plus que les renseignements quant aux gestes particuliers qu'on lui reprochait. À défaut d'une preuve claire établissant l'existence d'un risque réel de préjudice grave, il convient de ne pas entraver la capacité des parties de présenter publiquement des observations exhaustives sur ces questions et la capacité de la Cour de les analyser publiquement.

3) Prévoyant que la simple désignation, en termes génériques, de la nature des rapports qui lient les demandeurs à M. X suffira à appuyer les arguments des défendeurs, toute mention des rapports précis existant entre les parties et des autres renseignements personnels qu'elles ont dévoilés de plein gré, notamment les études et des questions d'ordre médical, doit être retranchée des affidavits et des pièces déjà versées au dossier public ainsi que des pièces qui seront déposées et du dossier certifié de la CFP. Toute mention de la nature générique de ces rapports (par exemple, voisins, collègues, membres de la famille, etc.) devait demeurer consignée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 24, 51 (mod., *idem*, art. 33; 2007-130, art. 3), 67.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION EXAMINÉE :

M. Untel c. Canada (Procureur général), 2003 CFPI 117.

DÉCISIONS CITÉES :

Personne désignée c. Vancouver Sun, [2007] 3 R.C.S. 253; 2007 CSC 43; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522; 2002 CSC 41; *M. Untel c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CF 916.

MOTIONS for an order authorizing applicants to file and prosecute applications for judicial review anonymously and an order that certain documents and information filed in their applications be treated confidentially. Order granted.

APPEARANCES:

Marc-Aurèle Racicot for applicants Monsieur A et Madame B.
Kris Klein for applicant Mr. X.
Alain Préfontaine and *Claudine Patry* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Marc-Aurèle Racicot, Laval, for applicants Monsieur A et Madame B.
Law Office of Kris Klein, Ottawa, for applicant Mr. X.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] TABIB P.: I am seized of a motion by the applicants for an order that they be authorized to file and prosecute these applications anonymously and for an order that certain documents and information filed in their applications be treated confidentially.

The facts and circumstances

[2] Materials filed publicly in this matter reveal the following: Mr. X is a former civil servant within the federal public service. Mr. X was the subject of an investigation by the Public Service Commission of Canada (PSC) stemming from allegations of wrongdoing on his part during a staffing process in the federal public service. The PSC intends to include in its annual report (which is destined to be posted publicly on its Web site) personal information about Mr. X collected during that investigation. In the materials submitted publicly on this motion by Mr. X, he admits that the information at issue

REQUÊTES en vue d'obtenir une ordonnance autorisant les demandeurs à déposer et à poursuivre des demandes de contrôle judiciaire de façon anonyme et une ordonnance prescrivant que certains documents et renseignements déposés dans leurs demandes soient traités confidentiellement. Ordonnance accordée.

ONT COMPARU :

Marc-Aurèle Racicot pour les demandeurs Monsieur A et Madame B.
Kris Klein pour le demandeur M. X.
Alain Préfontaine et *Claudine Patry* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Marc-Aurèle Racicot, Laval, pour les demandeurs Monsieur A et Madame B.
Cabinet d'avocats de Kris Klein, Ottawa, pour le demandeur M. X.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LA PROTONOTAIRE TABIB : Je dois statuer sur une requête par laquelle les demandeurs sollicitent une ordonnance les autorisant à déposer et à poursuivre les présentes demandes de façon anonyme et une ordonnance prescrivant que certains documents et renseignements déposés dans leurs demandes soient traités confidentiellement.

Les faits et circonstances

[2] Les documents déposés publiquement en l'espèce révèlent ce qui suit : M. X est un ancien fonctionnaire de la fonction publique fédérale. Il a fait l'objet d'une enquête de la Commission de la fonction publique du Canada (CFP) à la suite d'allégations selon lesquelles il avait commis un acte répréhensible durant un processus de dotation à la fonction publique fédérale. La CFP entend inclure dans son rapport annuel (destiné à être publié dans son site Web) des renseignements personnels sur M. X recueillis au cours de cette enquête. Dans les documents qu'il a déposés publiquement à l'appui de la

is damaging to himself, will harm his reputation and cause shame and embarrassment to himself and, because of their association with him, to his family. Mr. X further alleges that disclosure of the information will impede his efforts to find employment.

[3] Monsieur A and Madame B are persons who claim that personal information concerning them is included in the materials the PSC intends to publish. The publicly filed material does not indicate the nature or type of the information concerning Monsieur A and Madame B which is intended to be published, or whether or why the information would be damaging or prejudicial to them, beyond the fact that it would breach their right to privacy.

The remedies sought

[4] In their judicial review applications, all three applicants seek a review of the PSC's decision to publish "their personal information". In the case of Mr. X, the notice of application does not specify the extent of what is considered to be his "personal information". In the case of Monsieur A and Madame B, the notice of application is at once as vague and much more precise: It seeks an order that "all personal information concerning the applicants and their family" be redacted, and an order permitting disclosure only of information that will not identify the applicants and their family.

[5] In the motions for a confidentiality order of which I am now seized, Mr. X and Monsieur A and Madame B very explicitly seek as relief that they be allowed to proceed with these applications anonymously, and that their names and addresses be treated confidentially to prevent their being identified.

[6] More vaguely, both motions also seek orders that "any other personal information" about them or "the personal information at issue in this application" be kept confidential. Again, what, other than their names and addresses, is that other personal information is not stated.

présente requête, M. X admet que les renseignements en cause lui sont préjudiciables, nuiront à sa réputation et causeront honte et embarras à lui-même et à sa famille, en raison des liens qui les unissent. M. X allègue en outre que la divulgation de ces renseignements gênera ses efforts pour trouver un emploi.

[3] Monsieur A et Madame B affirment pour leur part que les documents que la CFP a l'intention de publier contiennent des renseignements personnels à leur sujet. Les documents déposés publiquement n'indiquent pas la nature ou le genre de renseignements concernant Monsieur A et Madame B susceptibles d'être publiés, ni ne précisent si et en quoi les renseignements en cause leur causeraient préjudice, si ce n'est que leur publication porterait atteinte à leur droit au respect de la vie privée.

Les réparations sollicitées

[4] Dans leurs demandes de contrôle judiciaire, les trois demandeurs sollicitent l'examen de la décision de la CFP de publier [TRADUCTION] « leurs renseignements personnels ». Dans le cas de M. X, l'avis de demande ne précise pas l'étendue des renseignements que le demandeur considère être ses « renseignements personnels ». Quant à Monsieur A et à Madame B, l'avis de demande est à la fois tout aussi vague et beaucoup plus précis : ceux-ci demandent une ordonnance prescrivant que [TRADUCTION] « tous les renseignements personnels concernant les demandeurs et leur famille » soient retranchés, et une ordonnance restreignant la divulgation aux renseignements qui ne permettront pas d'identifier les demandeurs et leur famille.

[5] Dans les requêtes en confidentialité dont je suis actuellement saisie, M. X, Monsieur A et Madame B sollicitent expressément l'autorisation de poursuivre ces demandes de façon anonyme et demandent que leur nom et adresse soient traités confidentiellement pour empêcher leur identification.

[6] Plus vaguement, les deux requêtes visent aussi l'obtention d'une ordonnance de confidentialité protégeant [TRADUCTION] « tout autre renseignement personnel » les concernant ou [TRADUCTION] « les renseignements personnels en cause dans la présente demande ». Là encore, la nature des renseignements personnels autres que le nom et adresse des demandeurs n'est pas précisée.

[7] For both motions, the applicants submitted confidential affidavits, which they ask be ordered to remain confidential. One would expect that these affidavits would identify with specificity the information they consider confidential, and that they would not be filed confidentially if all they contain is information already disclosed on the public record. Both the applicants' counsel appear well aware of the public interest in open and accessible court proceedings, and of the imperative that confidentiality orders, when issued, should be framed as narrowly as possible to promote as much as possible the principle of open and accessible court proceedings while preserving the confidentiality interests at stake. Both counsel would also have been expected to be aware that where documents contain mostly public information and only some, reasonably severable confidential information, it is a good and well-known practice to submit two versions of the document, one public version from which the confidential information is redacted, and one complete, unredacted version to be kept confidential. The applicants however did not take these steps.¹

[8] As mentioned above, providing redacted copies of the material would have greatly assisted the Court in identifying what the applicants mean by "other personal information" to be kept confidential, especially in the context where Mr. X has put on the public record almost all of the information concerning himself that PSC intends to publish, in addition to publicly volunteering even more personal information, such as the academic degree he possesses, his state of health, marital status and the recent birth of his first child.

[9] In an effort to understand what the applicants meant to cover by the proposed confidentiality order, the Court invited counsel for the applicants at the hearing to indicate exactly which part of the summary intended to be published by the PSC² is in fact personal information of the applicants, is not already disclosed on the public record, and should be kept confidential.

[7] Au soutien de chacune des deux requêtes, les demandeurs ont présenté des affidavits confidentiels pour lesquels ils demandent une ordonnance de confidentialité. On pourrait s'attendre à ce que les demandeurs exposent avec précision, dans ces affidavits, les renseignements qu'ils considèrent comme confidentiels, et à ce que les affidavits ne soient pas déposés à titre confidentiel s'ils ne contiennent rien plus que les renseignements déjà divulgués dans le dossier public. Les deux avocats des demandeurs semblent bien conscients de l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires et de l'impératif de formuler les ordonnances de confidentialité en termes aussi restrictifs que possible afin de favoriser autant que faire se peut le principe de la publicité des débats judiciaires tout en protégeant les intérêts en cause en matière de confidentialité. Les deux avocats auraient aussi dû savoir que lorsque des documents comportent surtout des renseignements publics et ne contiennent que quelques éléments d'information confidentielle qui peuvent raisonnablement en être retranchés, la pratique connue et indiquée consiste à présenter deux versions du document, une version publique de laquelle les renseignements confidentiels sont retranchés, et une version intégrale, non expurgée, qui sera gardée confidentielle. Or, les demandeurs n'ont pas pris ces mesures¹.

[8] Comme il a été mentionné, si les demandeurs avaient présenté des copies expurgées des documents en cause, ils auraient grandement aidé la Cour à comprendre ce qu'ils entendent par [TRADUCTION] « autres renseignements personnels » devant être gardés confidentiels, étant donné plus particulièrement que M. X a versé au dossier public presque tous les renseignements à son sujet que la CFP entend publier, en plus de soumettre de son propre gré d'autres renseignements personnels comme son grade universitaire, son état de santé, son état matrimonial et la récente naissance de son premier enfant.

[9] Dans le but de comprendre quels renseignements les demandeurs souhaitent protéger par l'ordonnance de confidentialité sollicitée, la Cour a invité les avocats des demandeurs, à l'audience, à indiquer précisément quelle partie du résumé que la CFP a l'intention de publier² consiste en des renseignements personnels des demandeurs, n'a pas déjà été divulguée dans le dossier public et devrait être tenue confidentielle.

[10] The thrust of Mr. X's counsel's argument was that it includes any information that would lead to the identification of Mr. X. Unfortunately, counsel could not say which parts or elements of the summary would lead to identification of his client.

[11] On behalf of Monsieur A and Madame B, counsel only pointed to one half of one sentence, which refers to the participation of an unnamed individual, identified only in terms of the relation in which he or she stands to Mr. X, (such as, for example, a co-worker, a neighbour, a family member). One understands that either Monsieur A, Madame B or a member of their family stands in the same relation to Mr. X as that unnamed individual, such that the unnamed individual is either one of them, or could be mistaken for them. For Monsieur A and Madame B, therefore, the information to be protected (beyond their names and addresses) would appear to be limited to the relation in which they stand to Mr. X. However, I note that one of the grounds on which they appear to object to the publication is that identification of Mr. X himself will cause embarrassment or prejudice to them by association.³ As Mr. X, they therefore seek to protect any information that would serve to identify Mr. X, but cannot identify what part of the summary would lead to that result.

[12] I therefore take that the relief sought by the applicants is as follows:

- Primarily, that each of their names and addresses be kept confidential;
- That "information that would lead to the identification of Mr. X" be kept confidential;
- Additionally, for Monsieur A and Madame B, that the relation in which they stand to Mr. X be kept confidential.

I will consider each prayer for relief in turn.

Names and addresses of Mr. X, Monsieur A and Madame B

[10] Pour l'essentiel, l'avocat de M. X a répondu que toute information qui conduirait à identifier M. X est visée par cette demande. Malheureusement, il n'a pu préciser quelles parties ou quels éléments du résumé conduiraient à identifier son client.

[11] Au nom de ses clients, l'avocat de Monsieur A et de Madame B a signalé uniquement la moitié d'une phrase, qui traite de la participation d'une personne non nommée, désignée seulement par la nature des rapports qui la lient à M. X (par exemple, un ou une collègue, un voisin ou un membre de la famille). On peut comprendre que soit Monsieur A, soit Madame B, soit un membre de leur famille se trouve dans la même situation, par rapport à M. X, que cette personne non nommée, de sorte que la personne non nommée est l'un d'eux ou pourrait être confondue avec eux. Par conséquent, en ce qui concerne Monsieur A et Madame B, les renseignements à protéger (au-delà de leurs noms et de leurs adresses) semblent se limiter aux rapports qui les lient à M. X. Toutefois, je remarque que l'un des motifs qui semble sous-tendre leur opposition à la publication est que l'identification de M. X les embarrasserait ou leur causerait préjudice par association³. Tout comme M. X, ils cherchent donc à protéger tout renseignement qui aiderait à identifier M. X, mais ils ne peuvent préciser quelle partie du résumé conduirait à ce résultat.

[12] Je conclus en conséquence que les demandeurs souhaitent obtenir les réparations suivantes :

- avant tout, que les nom et adresse de chacun d'entre eux soient gardés confidentiels;
- que les [TRADUCTION] « renseignements qui conduiraient à l'identification de M. X » soient gardés confidentiels;
- en outre, pour ce qui est de Monsieur A et de Madame B, que les rapports qui les lient à M. X soient gardés confidentiels.

J'examinerai tour à tour chacune des réparations demandées.

Les noms et adresses de M. X, de Monsieur A et de Madame B

[13] Notably, the respondent agrees that that remedy is appropriate in the circumstances.

[14] The parties in this matter are in agreement that confidentiality orders such as the one sought in this matter should not lightly be granted, as they impinge upon the quasi-constitutional principle of open and accessible court proceedings.⁴ They also agree that the applicable test is the following:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.⁵

[15] Both sets of applicants, in their motion materials, essentially state that their alleged right to object to the disclosure of their identities (which all agree include their names and addresses) is the central issue in these judicial review proceedings, and that disclosure of that very information as part of their public filings would accomplish exactly what they are attempting to prevent, and effectively render their judicial review applications moot. I agree. I further agree that preventing this harm—the effective denial of the applicants’ access to judicial review by reason of their applications becoming moot by the simple fact of filing the application—is sufficiently important to justify a confidentiality order.

[16] It is common in litigation under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] and the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] for confidentiality orders to be issued to prevent the disclosure of the very information which is sought to be protected, pending determination of the application. Of course, it is unusual that the

[13] Fait à souligner, le défendeur convient que cette réparation est appropriée dans les circonstances.

[14] Les parties s’entendent pour dire que les ordonnances de confidentialité comme celle sollicitée en l’espèce ne doivent pas être accordées à la légère, parce qu’elles empiètent sur le principe quasi constitutionnel de la publicité des débats judiciaires⁴. Elles conviennent aussi que le critère applicable est le suivant :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d’un litige, en l’absence d’autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l’emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d’expression qui, dans ce contexte, comprend l’intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires⁵.

[15] Dans chacun des deux dossiers, les demandeurs font essentiellement valoir, dans leurs documents de requête, que leur droit présumé de s’opposer à la divulgation de leurs identités (qui, tous en conviennent, comprennent leurs noms et adresses) est au cœur même des présents recours en contrôle judiciaire, et que la divulgation de leur identité dans les documents déposés publiquement produirait exactement le résultat qu’ils essaient de prévenir, rendant de ce fait sans objet leurs demandes de contrôle judiciaire. Je suis d’accord. Je reconnais également que la prévention de ce préjudice — nier aux demandeurs, en pratique, l’accès au contrôle judiciaire du fait que leur demande perdrait toute raison d’être par suite de son seul dépôt — est un facteur suffisamment important pour justifier une ordonnance de confidentialité.

[16] Il est fréquent, dans les poursuites engagées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21], que des ordonnances de confidentialité soient rendues en attendant qu’il soit statué sur la demande, afin de prévenir la divulgation de

information sought to be protected is the very name of the applicant, with the result that the proceedings would almost necessarily have to be brought under a pseudonym. Indeed, people's names, in isolation, do not generally incite privacy concerns; it is when these names are associated with or related to other information or circumstances that privacy issues arise. Even in the matters at issue, it is clear that the applicants' desire to prevent disclosure of their names does not attach to their names in isolation, but to the association of the names with the facts and circumstances set out in the PSC summary.

[17] The association of names with certain circumstances can be protected in one of two ways: the true names of the applicants can be used publicly and the specific circumstances with which their identities would be associated protected; or the circumstances can be laid out publicly, with the identities of the applicants protected. The decision as to the most appropriate way to proceed in any given instance rests with the Court, and should take into consideration which device is most apt to serve the public's interest in open and accessible court proceedings without compromising the rights asserted by the parties.

[18] Taking into account all circumstances herein, I have come to the conclusion that the balancing of the parties' legitimate confidentiality interests and the public's right of access to judicial proceedings can be best accommodated by protecting the applicants' names and addresses, provided that the circumstances giving rise to the application and the decision of the PSC to publish the summary, including the summary itself (with names redacted), are otherwise publicly filed. As argued by counsel for Mr. X himself, this manner of proceeding would prevent the disclosure of the very information sought to be protected, and thus avoid the situation wherein any relief to which the applicants may be entitled becomes nugatory before it can even be ordered. It will also ensure that the issues which are at stake in this application can be understood from the public record, and that they can be transparently debated and determined, in an open and accessible manner.

l'information que la demande vise justement à protéger. Naturellement, il est rare que l'information que l'on cherche à protéger soit le nom même de la partie demanderesse, ce qui nécessite presque inévitablement que la poursuite soit introduite sous un pseudonyme. En effet, le nom des gens ne soulève généralement pas, en soi, de préoccupations relatives au respect de la vie privée; ces préoccupations surviennent lorsque les noms sont associés ou liés à d'autres renseignements ou à d'autres circonstances. Même dans les cas qui nous occupent, il est évident que le souhait des demandeurs d'empêcher que leur nom soit divulgué ne tient pas à leur nom même, mais à l'association des noms avec les faits et circonstances exposés dans le résumé de la CFP.

[17] Il y a deux façons de protéger l'association de noms avec certaines circonstances : soit le nom véritable des demandeurs peut être divulgué publiquement et les circonstances exactes avec lesquelles leur nom serait associé feront l'objet de protection; soit les circonstances peuvent être exposées publiquement, et l'identité des demandeurs fera l'objet de protection. Le choix qu'il convient d'effectuer à cet égard dans chaque cas d'espèce revient à la Cour, qui tiendra compte de l'option la mieux adaptée à respecter l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires sans compromettre les droits revendiqués par les parties.

[18] À la lumière de toutes les circonstances de l'espèce, je conclus que la meilleure façon de mettre en équilibre l'intérêt légitime des parties à la confidentialité et le droit du public à l'accès aux débats judiciaires consiste à protéger les nom et adresse des demandeurs, sous réserve que les circonstances à l'origine de la demande et la décision de la CFP de publier le résumé, y compris le résumé lui-même (dont les noms auront été expurgés), soient déposés publiquement. Comme l'a fait valoir l'avocat de M. X lui-même, cette façon de procéder protégera de la divulgation des renseignements que la demande cherche justement à protéger et préviendra ainsi une situation où toute réparation à laquelle les demandeurs pourraient avoir droit deviendrait inopérante avant même qu'elle puisse être ordonnée. Elle permettra aussi d'assurer que les questions en cause dans la présente demande puissent être comprises à la lecture du dossier public, débattues avec transparence et décidées publiquement.

[19] I have come to that conclusion, and would have come to it, independently of the unfortunate way in which the applicants chose to file their materials herein. The applicants chose to file their notices of application anonymously, accompanied by motions seeking confidentiality protection for their identities. In the context of his motion, Mr. X chose to file publicly most, if not all of the relevant circumstances disclosed in the PSC summary. Not only was that course of action not in accordance with the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], but it all but eliminated the first option discussed above as a viable means of protecting the crucial association between the applicants' identities and the circumstances. The fact that the judicial review applications were filed anonymously may also have played a role in the media attention this matter has generated.

[20] The Rules of the Court require every originating document, including a notice of application, "to set out the names of all parties".⁶ Relief from compliance with this rule may only be obtained by order of the Court, made on a motion. Thus, the appropriate way in which the applicants should have proceeded would have been to bring a motion prior to the commencement of the applications, as specifically contemplated in subsection 67(6) and rule 24, for leave to file their applications under a pseudonym or for such confidentiality order as may be necessary to protect the relevant information. Once the Court has determined the appropriate level and method of protection, the proposed notice of application can be tailored to meet the conditions of the order and then filed. As importantly, if unsuccessful in obtaining the degree of protection they desire, parties may then make enlightened choices as to whether and how to proceed with subsequent steps.

[21] I should also note, before moving to the next issue, that on the records before me, I would not have granted protection to Mr. X's name and address on the basis of the other grounds cited in his motion materials,

[19] J'arrive à cette conclusion, à laquelle je serais néanmoins arrivée, indépendamment de la manière regrettable dont les demandeurs ont choisi de déposer leurs documents en l'espèce. Ils ont en effet décidé de déposer leurs avis de demande de façon anonyme, accompagnés de requêtes en confidentialité sollicitant la protection de leur identité. Dans le cadre de la présente requête, M. X a choisi de déposer publiquement la presque totalité, si ce n'est la totalité, des circonstances pertinentes révélées dans le résumé de la CFP. Non seulement cette façon de procéder est-elle incompatible avec les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], mais elle a pour effet d'éliminer la première option énoncée ci-dessus comme solution viable pour protéger l'association fondamentale entre l'identité des demandeurs et les circonstances en cause. Le fait que les demandes de contrôle judiciaire ont été déposées anonymement peut aussi avoir contribué à l'intérêt que les médias ont manifesté envers cette affaire.

[20] Les Règles de la Cour exigent que tout acte introductif d'instance, notamment un avis de demande, « indique le nom des parties »⁶. La seule façon d'être relevé de cette exigence consiste à s'adresser à la Cour par voie de requête pour obtenir une ordonnance à cet effet. Par conséquent, la démarche appropriée aurait été que les demandeurs déposent une requête avant l'introduction des demandes, comme le prévoit expressément le paragraphe 67(6) et la règle 24, pour solliciter l'autorisation de présenter leurs demandes sous un pseudonyme ou pour demander à la Cour de rendre toute ordonnance de confidentialité voulue pour protéger les renseignements pertinents. Une fois que la Cour a statué sur le niveau et la méthode de protection qu'il convient d'accorder, l'avis de demande projeté peut être adapté de façon à respecter les conditions de l'ordonnance avant d'être déposé. Fait tout aussi important, si les parties n'obtiennent pas le degré de protection souhaité, elles peuvent ensuite faire des choix éclairés quant à l'opportunité de poursuivre la démarche et quant à la façon de procéder aux étapes suivantes.

[21] Je tiens aussi à souligner, avant d'aborder la prochaine question, qu'au vu des dossiers dont je suis saisie, je n'aurais pas accordé protection au nom et à l'adresse de M. X sur la base des autres motifs invoqués

namely, public embarrassment and shame, and impediment to securing employment. As pointed out in *John Doe v. Canada (Attorney General)* (2003), 227 F.T.R. 206 (F.C.T.D.) [at paragraph 10]:

Stress and, to a degree, embarrassment and their impact on a litigant's life and employment, can be common in much litigation. Against this must be balanced the rights of the other side and of the Court to appropriate procedure, including full disclosure.

[22] This Court has been slow to recognize humiliation, embarrassment or loss of reputation as justifying confidentiality orders unless clear evidence of serious harm is presented. In *John Doe v. Canada (Attorney General)* and more recently in *John Doe v. Canada (Minister of Justice)* (2008), 299 D.L.R. (4th) 762 (F.C.), general affirmations of humiliation, loss of reputation or impediment to employment were found not to justify the use of a pseudonym. In the present matter, the prejudice is presented as arising specifically as a result of the very public posting of the information through the PSC's Web site. While court filings are open and accessible to the public, they do not have the same widespread public dissemination as Internet postings. Reasons for order are the only portion of court filings that are openly and widely published, and every judge or prothonotary has the discretion to be as circumspect as he or she believes is necessary in drafting orders and reasons for orders.⁷ The evidence before me is simply not sufficient to conclude that merely placing on the Court's public record information identifying Mr. X would cause the prejudice feared by Mr. X.

Other information leading to the identification of Mr. X

[23] As mentioned above, neither counsel for Mr. X nor counsel for Monsieur A and Madame B could identify, in the summary proposed to be posted by PSC on its Web site, what information, other than the name and address of Mr. X, was not otherwise disclosed on the public record and would lead to the identification of Mr.

dans ses documents de requête, à savoir la honte et l'embarras publics ainsi que l'entrave à la recherche d'emploi. Comme l'a fait remarquer la Cour dans l'affaire *M. Untel c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 117 [au paragraphe 10] :

Bien souvent, les litiges sont source de stress et, dans une certaine mesure, d'embarras et ils ont un impact sur la vie personnelle et professionnel [sic] du plaideur. Mais il faut également tenir compte des droits du défendeur et de la Cour à une procédure adéquate, y compris la pleine divulgation des renseignements.

[22] La Cour a mis longtemps à reconnaître l'humiliation, l'embarras ou la perte de réputation comme des facteurs justifiant des ordonnances de confidentialité, à défaut d'une preuve manifeste d'un préjudice grave. Dans la décision *M. Untel c. Canada (Procureur général)* et plus récemment dans *M. Untel c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CF 916, il a été décidé que des allégations générales d'humiliation, de perte de réputation ou d'entrave à l'emploi ne justifient pas l'emploi d'un pseudonyme. En la présente instance, il est allégué que le préjudice résulte précisément de la diffusion publique de l'information sur le site Web de la CFP. Bien que les documents déposés à la Cour soient publics, la portée de leur diffusion n'est pas aussi étendue que l'affichage sur Internet. Seuls les motifs de l'ordonnance, dans l'ensemble des documents déposés au dossier de la Cour, sont publiquement et largement diffusés, et chaque juge ou protonotaire a la possibilité de faire preuve de toute la discrétion qu'il ou elle estime nécessaire dans la formulation des ordonnances et des motifs des ordonnances⁷. La preuve dont je dispose est tout simplement insuffisante pour conclure que le seul fait de consigner au dossier public de la Cour des renseignements identifiant M. X entraînerait le préjudice que redoute celui-ci.

Autres renseignements menant à l'identification de M. X

[23] Comme il a été mentionné, ni l'avocat de M. X ni celui de Monsieur A et de Madame B n'ont été en mesure de préciser, dans le résumé que la CFP se propose d'afficher sur son site Web, quels renseignements, à part le nom et l'adresse de M. X, ne sont pas déjà dévoilés dans le dossier public et permettraient d'identifier M. X. En

X. There is, moreover, no evidence to support a finding that laying that information on the open record would lead to identification. Counsel for Mr. X mentioned at the hearing that such evidence could be brought, but would require the filing of expert evidence on reverse identification. I am not prepared to permit the applicants to supplement their record in that regard so as to delay the determination of this motion pending receipt of additional evidence. A party seeking a confidentiality order has the onus of presenting to the Court such evidence as it feels is necessary to support the remedy requested. Furthermore, as counsel did not even know whether any information, other than the name of Mr. X, would in fact lead to his identification, the availability of evidence to support this fact is clearly speculative.

[24] Even assuming that an expert in reverse identification could piece together additional personal information drawn from the materials submitted confidentially with the evidence already on the public record, there is no evidence that a person would be motivated to go to such lengths to identify the applicant. I am not convinced that such an outside risk would outweigh the further infringement on the open court principle which would result from the removal from the public record of further details of the circumstances relevant to this judicial review. As previously mentioned, preserving the confidentiality of the applicants' names and addresses constitutes an acceptable limit to the principle of accessible and open proceedings, provided that all other circumstances giving rise to this application are otherwise publicly filed so as to allow an intelligible and transparent debate and determination of the issues. On the record before me, it appears that even information such as the department for which Mr. X worked, and the level of seniority and responsibility of the position he occupied, may be relevant to determination of the issues in this application. The ability of the parties to make complete representations on the public record in relation to these issues, and of the Court to publicly consider them, should not be curtailed in the absence of clear evidence of a real risk of substantial harm.

autre, aucun élément de preuve ne permet de conclure que le fait de consigner ces renseignements au dossier public mènerait à l'identification de M. X. L'avocat de ce dernier a mentionné à l'audience qu'une telle preuve pourrait être présentée, mais nécessiterait le dépôt d'une preuve d'expert sur l'identification à rebours. Je ne suis pas disposée à permettre aux demandeurs de compléter leur dossier à cet égard, ce qui retarderait la décision sur la présente requête en attendant le dépôt de la preuve additionnelle. Il incombe à la partie qui souhaite obtenir une ordonnance de confidentialité de présenter à la Cour les éléments de preuve qu'elle estime nécessaire pour justifier la réparation demandée. De plus, étant donné que l'avocat ne savait même pas si d'autres renseignements, à part le nom de M. X, mèneraient effectivement à l'identification de celui-ci, l'existence d'une preuve étayant ce fait est clairement hypothétique.

[24] À supposer qu'un expert en identification à rebours parvienne à reconstituer d'autres renseignements personnels à partir des documents soumis à titre confidentiel et de la preuve déjà versée au dossier public, aucune preuve n'indique que quelqu'un serait suffisamment décidé à identifier le demandeur pour se donner une telle peine. Je ne suis pas convaincue qu'un risque aussi éloigné puisse l'emporter sur l'atteinte additionnelle au principe de la publicité des débats judiciaires qu'entraînerait le fait de retirer du dossier public d'autres données sur les circonstances afférentes au contrôle judiciaire en l'espèce. Comme nous l'avons vu, préserver la confidentialité du nom et de l'adresse des demandeurs constitue une limite acceptable au principe de la publicité des débats judiciaires, pourvu que toutes les autres circonstances à l'origine de la présente demande soient déposées publiquement, de façon à ce que les débats et la solution des questions en litige soient intelligibles et transparents. D'après les faits au dossier, il semble que même des renseignements comme le ministère pour lequel M. X travaillait, son ancienneté et le niveau des responsabilités qui lui étaient confiées puissent entrer en ligne de compte dans la solution des questions à trancher en l'espèce. À défaut d'une preuve claire établissant l'existence d'un risque réel de préjudice grave, il convient de ne pas entraver la capacité des parties de présenter publiquement des observations exhaustives sur ces questions et la capacité de la Cour de les analyser publiquement.

[25] As a result, I would only include in the confidentiality order the exact designation of the position or positions held by Mr. X. Information relating to the department in which he worked, or referring to the classification level of his position or the general responsibilities and requirements of that position will not be confidential. Information as to the specific acts reproached to Mr. X will also not be confidential.

The relation in which Monsieur A and Madame B stand to Mr. X

[26] It is important to understand here that the content of the information which the PSC seeks to post on its Web site in relation to the investigation and its findings has evolved significantly over time. It appears from the record before me that the PSC's intention was initially to post the complete investigation report. That report was not tendered in evidence, but from the initial letter of objection sent to the PSC by counsel for Monsieur A and Madame B, it appears that the report included the name and the exact description of the relationship between one of these two applicants and Mr. X, additional personal information about that applicant, and the suggestion that he or she was a participant in Mr. X's wrongdoing. With respect to the other applicant, it is clear that the report of investigation never made any mention of his or her personal information.

[27] The PSC eventually resiled from its intention to publish the report and instead, indicated it would publish a summary of the report. The first proposed summary removed the name and other personal information of the applicant previously named, but kept the exact description of the relationship between that applicant and Mr. X, with the mention of participation in the wrongdoing. Further discussions took place leading to other changes.

[28] The final iteration of the summary intended to be published only refers to the relation in which the participant stands to Mr. X in generic, non-specific terms. That generic relationship applies equally to both Monsieur A and Madame B, such that the relationship no longer suffices to specifically identify any one of the two applicants.

[25] Par conséquent, j'estime qu'il convient de n'inclure dans l'ordonnance de confidentialité que le titre exact du poste ou des postes occupés par M. X. Les renseignements concernant le ministère où il travaillait, le niveau de classification de son poste et les responsabilités et exigences générales rattachées à ce poste ne seront pas confidentiels, non plus que les renseignements quant aux gestes particuliers qu'on reproche à M. X.

Les rapports qui lient Monsieur A et Madame B à M. X

[26] Il importe en l'espèce de savoir que le contenu des renseignements que la CFP souhaite afficher sur son site Web relativement à l'enquête et à ses conclusions a beaucoup évolué au fil du temps. Le dossier indique qu'initialement la CFP avait l'intention de publier le rapport d'enquête complet. Ce rapport n'a pas été versé en preuve, mais la lettre d'objection initiale que l'avocat de Monsieur A et de Madame B a fait parvenir à la CFP révèle que le rapport incluait le nom et la description précise des rapports existant entre l'un de ces deux demandeurs et M. X, d'autres renseignements personnels concernant ce demandeur et la suggestion qu'il ou elle avait pris part à l'acte répréhensible de M. X. Quant à l'autre demandeur, il est évident que le rapport d'enquête n'a jamais fait mention de ses renseignements personnels.

[27] Plus tard, la CFP a renoncé à son intention de publier le rapport et a indiqué qu'elle publierait plutôt un résumé du rapport. Dans le premier projet de résumé, on avait retranché le nom et d'autres renseignements personnels concernant le demandeur auparavant nommé dans le rapport, mais on avait conservé la description précise des rapports entre ce demandeur et M. X et la mention de sa participation à l'acte répréhensible. Les discussions se sont poursuivies, et d'autres changements ont été apportés.

[28] La version finale du résumé destiné à la publication se limite à mentionner les rapports existant entre le participant et M. X, en termes génériques et impersonnels. La désignation générique de la nature de ces rapports s'applique aussi bien à Monsieur A qu'à Madame B, de sorte qu'elle ne suffit plus, à elle seule, à identifier avec précision l'un ou l'autre de ces demandeurs.

[29] Logically, the mere disclosure of the relation in which unnamed people stand to an un-named person cannot lead to the identification of any one of them. Nothing in the record before me would indicate that this assumption does not apply in the circumstances. Accordingly, so long as the names and addresses of Mr. X, Monsieur A and Madame B remain undisclosed, the disclosure of the generic relation in which Monsieur A and Madame B stand to Mr. X cannot prejudice them, or render their application moot.

[30] Furthermore, experience has already demonstrated that it is virtually impossible for counsel to make effective representations on behalf of his clients in open court or on the open record without referring to the generic relationship between his clients and Mr. X. At the hearing of the present motion, with members of the public present in Court, the Court attempted to discuss with counsel for Monsieur A and Madame B the kind of personal information they allege is disclosed in the proposed summary, or why this information is personal information of his clients which should be protected. Counsel for the applicants having obviously determined that he would not mention the nature of the relationship between his clients and Mr. X, he found himself painfully hamstrung in making representations, to the point where an effective, open and transparent discussion could not be held.

[31] To allow the applicants to redact from the materials to be filed in this application any mention of the relation in which they stand to Mr. X would prevent the very basis and grounds for their application from being publicly understood, and therefore effectively cloak the entire argument in relation to their application in a veil of secrecy.

[32] I am satisfied that protecting the names and addresses of Mr. X, Monsieur A and Madame B, is amply sufficient to prevent harm to the interests of Monsieur A and Madame B, pending determination of this application, and that extending that protection to the relation in which they stand to Mr. X would put unnecessary and excessive limits on the public interest in open and accessible court proceedings. I also note that there has already been some

[29] Logiquement, le seul fait de dévoiler les rapports qui existent entre des personnes non nommées et une autre personne non nommée ne peut conduire à l'identification d'aucune d'entre elles. Rien, dans le dossier dont je dispose, ne permet de croire que ce postulat ne s'applique pas en l'espèce. Par conséquent, tant et aussi longtemps que les noms et les adresses de M. X, de Monsieur A et de Madame B demeurent confidentiels, la divulgation de la nature des rapports reliant Monsieur A et Madame B à M. X ne saurait les préjudicier ni enlever tout objet à leur demande.

[30] Qui plus est, l'expérience a déjà prouvé qu'il est pratiquement impossible pour l'avocat des demandeurs de présenter des observations efficaces au nom de ses clients dans le cadre d'une audience publique ou du dossier public sans faire référence à la nature générique des rapports qui existent entre ses clients et M. X. À l'audition de la présente requête, alors que des membres du public se trouvaient dans la salle d'audience, la Cour a tenté d'aborder, avec l'avocat de Monsieur A et de Madame B, le genre de renseignements personnels qui, de l'avis de ceux-ci, sont divulgués dans le projet de résumé, et la raison pour laquelle ces renseignements constituent des renseignements personnels commandant protection. L'avocat des demandeurs ayant manifestement décidé de ne pas dévoiler la nature des rapports qui lient ses clients à M. X, il s'est trouvé péniblement paralysé dans ses observations, au point où il n'a pas été possible d'avoir des échanges ouverts et transparents.

[31] Permettre aux demandeurs d'expurger, des documents qui doivent être déposés dans la présente demande, toute mention des rapports qui les lient à M. X, empêcherait le public de comprendre le fondement et les motifs de leur demande et aurait pour effet de voiler du secret l'ensemble de l'argumentation qui sous-tend leur demande.

[32] Je suis convaincue que la protection des noms et adresses respectifs de M. X, de Monsieur A et de Madame B suffit amplement à éviter tout préjudice aux intérêts de Monsieur A et de Madame B jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement à la présente demande, et que d'accorder la même protection à la mention des rapports qui les lient à M. X restreindrait inutilement et plus que nécessaire l'intérêt du public dans

amount of “bleeding” of information between the two files, and that if the nature of the relationship between the applicants is not already publicly available, it might yet be inferred.

[33] I note here that the initial exchange of letters between counsel for Monsieur A and Madame B and the PSC, filed as an exhibit to the affidavits of Monsieur A and Madame B, contains information not only as to the generic relation in which they stand to Mr. X, but as to the specific relation in which each stands to him, as well as some additional personal information such as studies and medical information. It appears that that information was initially given to PSC by counsel for Monsieur A and Madame B as germane to the arguments presented to oppose the disclosure of the entire investigation report and of the name of Mr. X. Because the PSC has since significantly changed the content of the information to be published, it may be those references are no longer relevant, and that simply identifying the generic relation in which the applicants stand to Mr. X will be all that is needed to support the applicants’ arguments. Expecting that to be the case, the Court is prepared to order that references to the specific relationship between the parties and other personal information they volunteered be redacted from the affidavits and exhibits already filed in the public record, and from exhibits to be filed and the certified record of the PSC. To the extent the specific relationship between the applicants and Mr. X forms any part of the applicants’ argument, then the argument and related evidence will obviously have to be filed in the public record, to allow public intelligibility of their argument.

Treatment of the materials already submitted by the applicants under seal and of future filings

[34] The applicants are to prepare a public version of the affidavits and exhibits they have tendered under confidential seal, from which they may redact the following specific information:

la publicité des débats judiciaires. Je souligne également que certains renseignements ont déjà « coulé » d’un dossier à l’autre, et que si la nature des rapports entre les demandeurs n’est pas déjà connue publiquement, on pourrait néanmoins déduire en quoi elle consiste.

[33] Je note que la correspondance initiale entre l’avocat de Monsieur A et Madame B et la CFP, qui a été déposée comme pièce jointe aux affidavits de Monsieur A et de Madame B, contient des renseignements concernant non seulement la nature, en termes génériques, des rapports qui lient ceux-ci à M. X, mais aussi la nature précise des rapports que chacun entretient avec M. X et certains autres renseignements personnels touchant, par exemple, les études et des questions d’ordre médical. Il s’avère que ces renseignements ont initialement été communiqués à la CFP par l’avocat de Monsieur A et de Madame B pour étayer les arguments justifiant leur opposition à la divulgation du rapport d’enquête intégral et du nom de M. X. Étant donné que, depuis, la CFP a substantiellement modifié le contenu des renseignements qu’elle entend publier, il se peut que ces renseignements ne soient plus nécessaires, et que la simple désignation, en termes génériques, de la nature des rapports qui lient les demandeurs à M. X suffise à appuyer les arguments des demandeurs. La Cour, qui prévoit que tel sera le cas, est disposée à ordonner que toute mention des rapports précis existant entre les parties et des autres renseignements personnels qu’elles ont dévoilés de plein gré soit retranchée des affidavits et des pièces déjà versées au dossier public ainsi que des pièces qui seront déposées et du dossier certifié de la CFP. Dans la mesure où les rapports précis existant entre les demandeurs et M. X font partie des arguments des demandeurs, ces arguments et la preuve y afférente devront naturellement être versés au dossier public pour que les arguments puissent être compris du public.

Traitement des documents déjà déposés sous scellés par les demandeurs et des documents qui seront déposés à l’avenir

[34] Les demandeurs devront préparer une version publique des affidavits et des pièces qu’ils ont déposés sous pli confidentiel, desquels ils pourront retrancher les renseignements précis suivants :

- The names, addresses and cities of residence of the applicants;
 - The institutions at which and programmes for which Monsieur A and/or Madame B study, and reference to medical information;
 - The exact position held by Mr. X;
 - The specific relation in which Monsieur A and Madame B stand to Mr. X, although any mention of the generic nature of that relationship (such as neighbours, co-workers, family members, etc.) is to remain.
- le nom, l'adresse et la ville de résidence de chacun des demandeurs;
 - les établissements où Monsieur A et/ou Madame B étudient et les programmes d'étude dans lesquels ils sont inscrits, ainsi que toute mention de renseignements d'ordre médical;
 - le poste exact occupé par M. X;
 - les rapports précis qui lient Monsieur A et Madame B à M. X, étant entendu cependant que la nature générique de ces rapports (par exemple, voisins, collègues, membres de la famille, etc.) demeurera consignée.

[35] The proposed public version is to be provided to the respondent for its comments and approval, prior to being submitted to the Court for filing. The same shall be done in relation to the certified record of the PSC and any further affidavits or exhibits filed herein.

[35] La version publique proposée devra être présentée au défendeur pour commentaires et approbation avant d'être transmise à la Cour en vue de son dépôt. La même démarche devra être suivie pour le dossier certifié de la CFP et pour tous les autres affidavits ou pièces déposés en l'espèce.

[36] The parties shall refrain, in any written representations to be filed in this matter, from mentioning the information specified above. If any of the parties feel that mention of the said information in written submissions is necessary, that party shall, prior to filing the written representations in question, either move for this confidentiality order to be varied or for leave to file a redacted version of the written representations.

[36] Les parties s'assureront de ne mentionner les renseignements précisés ci-dessus dans aucune des observations écrites qu'elles déposeront dans la présente instance. Si une partie estime qu'elle doit mentionner un de ces renseignements dans ses observations écrites, elle devra, avant de déposer lesdites observations, demander soit une modification de l'ordonnance de confidentialité, soit l'autorisation de produire une version expurgée des observations écrites.

Continued confidentiality pending appeal

[37] Realizing that this order may be subject to appeal to a judge, and in order to avoid any such appeal becoming moot, I have avoided mentioning in this order the nature of the relation in which Monsieur A and Madame B stand to Mr. X, or other information the applicants might have wished be covered by a confidentiality order. For the same reason, for the purposes of the deadlines set out in the order dated September 9, 2008, for filing affidavits and communicating to the Court the PSC's certified record, the effect of this order will be suspended until the determination of any appeal of this order to a judge of this Court, or the expiration of the time provided in the Rules for filing such an appeal, if no appeal is

Maintien de la confidentialité en cas d'appel

[37] Consciente de la possibilité que la présente ordonnance fasse l'objet d'un appel devant un juge, et afin d'éviter qu'un tel appel perde tout objet, je me suis gardée de dévoiler, dans la présente ordonnance, la nature des rapports qui lient Monsieur A et Madame B à M. X ou tout autre renseignement que les demandeurs auraient pu souhaiter voir inclure dans l'ordonnance de confidentialité. Pour le même motif, aux fins des délais énoncés dans l'ordonnance du 9 septembre 2008 pour le dépôt des affidavits et la transmission à la Cour du dossier certifié de la CFP, les effets de la présente ordonnance seront suspendus jusqu'à ce qu'un juge de la Cour statue sur tout appel interjeté contre la présente ordonnance ou

filed. The materials filed confidentially by the applicants in support of this motion will also continue to be treated confidentially during that period of time.

[38] In ordering that suspension, I take into account that the hearing of an appeal of this order pursuant to rule 51 [as am. by SOR/2004-283, s. 33; 2007-130, s. 3] of the *Federal Courts Rules* should not require more than two hours and can therefore be heard at the earliest convenient general sittings, well before the parties would be required to file their respective records in accordance with the scheduling order issued on September 9, 2008. The short suspension I therefore envisage would not delay the orderly progress of this application or its timely determination. If the present order is appealed and maintained on appeal, it will be up to the Judge to determine whether his or her order should be stayed or suspended pending a possible appeal to the Federal Court of Appeal.

ORDER

IT IS ORDERED THAT:

1. The applicants shall, no later than 10 days from the date of this order, serve and file, under confidential seal, amended notices of application in which the style of cause shall state their full names.
2. Notwithstanding the confidential filing of an amended notice of application pursuant to paragraph 1 [of this order], all future filings in this matter shall continue to use the designations Mr. X, Monsieur A and Madame B in the style of cause.
3. The following information, hereinafter designated as the “confidential information”, shall be treated confidentially for the purposes of these proceedings:
 - (a) The names, addresses and city of residence of the applicants.

jusqu’à l’expiration du délai prévu dans les Règles pour le dépôt d’un tel appel, selon le cas. Les documents déposés à titre confidentiel par les demandeurs au soutien de la présente requête continueront aussi d’être traités confidentiellement durant cette période.

[38] En ordonnant cette suspension, je prends en compte que l’audition d’un appel de la présente ordonnance en vertu de la règle 51 [mod. par DORS/2004-283, art. 33; 2007-130, art. 3] des *Règles des Cours fédérales* ne devrait pas nécessiter plus de deux heures et pourrait donc se tenir à la première séance générale qui convienne, bien avant que les parties ne doivent déposer leur dossier respectif conformément à l’ordonnance fixant l’échéancier rendue le 9 septembre 2008. La brève suspension que je prévois ordonner ne retardera donc pas le déroulement ordonné de la présente demande ni sa résolution diligente. S’il y a appel de la présente ordonnance et que celle-ci est maintenue, il appartiendra au juge de décider s’il y a lieu de surseoir à son ordonnance en attendant un éventuel appel à la Cour d’appel fédérale.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Dans les 10 jours suivant la date de la présente ordonnance, les demandeurs doivent signifier et déposer, sous pli confidentiel, des avis de demande modifiés dont l’intitulé énoncera leur nom complet.
2. Malgré le dépôt confidentiel d’un avis de demande modifié conformément au paragraphe 1 [de la présente ordonnance], tous les documents qui seront déposés à l’avenir dans la présente instance continueront à employer les désignations M. X, Monsieur A et Madame B dans l’intitulé.
3. Les renseignements suivants, ci-après appelés les « renseignements confidentiels », doivent être traités confidentiellement aux fins de la présente instance :
 - a) le nom, l’adresse et la ville de résidence de chacun des demandeurs;

- (b) The exact position held in the Canadian public service by the applicant designated as Mr. X.
- (c) The institutions at which and programmes for which either or both of the applicants designated as Monsieur A and Madame B study and medical information concerning either or both of them.
- (d) The specific relation in which the applicants designated as Monsieur A and Madame B stand to the applicant designated as Mr. X.
4. Subject to compliance with paragraphs 5 to 7 of this order, the affidavits and exhibits already filed by the applicants under confidential seal shall remain confidential.
5. The applicants shall, within five days from the date of this order, prepare a version of the affidavits and exhibits each of them has filed and a version of the certified record they have received from the respondent, from which confidential information is to be redacted, and serve same on the other parties for their approval or comments.
6. The receiving parties shall, within five days of service of the proposed versions, either approve the redacted versions as corresponding to the terms of this order, or provide the other parties with their comments.
7. Redacted versions of the affidavits and exhibits, and of the certified record, as approved by all parties, shall be filed within the times specified in the scheduling order of September 9, 2008. If no agreement is reached, each party's proposed versions of the redacted documents shall, within the same delays, be submitted confidentially to the Court, along with their submissions, for determination by the Court as to which version is to be placed on the public Court record.
8. Whenever any party intends to submit for filing on the Court record affidavits or documentary exhibits containing confidential information, they shall submit same under
- b) le poste exact occupé dans la fonction publique canadienne par le demandeur désigné sous le nom de M. X;
- c) les établissements où étudient les demandeurs désignés sous le nom de Monsieur A et de Madame B ou l'un d'eux et les programmes d'étude dans lesquels l'un ou l'autre ou les deux sont inscrits, ainsi que tout renseignement d'ordre médical les concernant ou concernant l'un d'eux;
- d) les rapports précis qui lient les demandeurs désignés sous le nom de Monsieur A et de Madame B au demandeur désigné sous le nom de M. X.
4. Sous réserve du respect des dispositions des paragraphes 5 à 7 de la présente ordonnance, les affidavits et pièces déjà déposés par les demandeurs sous pli confidentiel demeureront confidentiels.
5. Dans les cinq jours suivant la date de la présente ordonnance, les demandeurs prépareront une version des affidavits et des pièces que chacun d'entre eux a déposés et une version du dossier certifié qu'ils ont reçu du défendeur, desquels les renseignements confidentiels auront été retranchés, et signifieront ces documents aux autres parties pour leur approbation ou leurs commentaires.
6. Les parties qui reçoivent ces documents doivent, dans les cinq jours suivant la signification des versions proposées, soit approuver les versions expurgées en reconnaissant qu'elles se conforment à la présente ordonnance, soit transmettre leurs commentaires aux autres parties.
7. Les versions expurgées des affidavits et pièces et du dossier certifié, approuvées par toutes les parties, doivent être déposées dans les délais prescrits dans l'ordonnance fixant l'échéancier rendue le 9 septembre 2008. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre, les versions des documents expurgés proposées par chaque partie seront soumises à la Cour confidentiellement, dans les mêmes délais, accompagnées des observations des parties, pour que la Cour décide quelle version sera versée au dossier public de la Cour.
8. Toute partie qui entend soumettre des affidavits ou des pièces documentaires destinés à être déposés au dossier de la Cour et contenant des renseignements confidentiels

seal, accompanied by a copy from which the confidential information will have been redacted, for placing on the public record.

9. All parties shall refrain from mentioning confidential information in any written representations or memoranda of fact and law to be filed in this application. If any party considers it necessary that confidential information be mentioned in written representations, that party shall, prior to filing the document at issue, make a motion for leave to file the written submissions or memorandum confidentially, or to vary this order to remove the information in question from the definition of “confidential information”.

10. For the purposes of the schedule set out in paragraphs 8(a), (b) and (g) of the order of September 9, 2008, this order shall only become effective on the date of the determination of any motion to appeal this order, brought in accordance with rule 51 of the *Federal Courts Rules*, or, if no appeal is brought, at the expiration of the time provided in the *Federal Courts Rules* to file such a motion.

¹ The affidavit of Mr. X is reproduced, almost textually, in its entirety in the written representations filed publicly. (The only changes are that statements made in the first person in the affidavit are reproduced in the third person in the written representations and that the affidavit contains the name and city of residence of Mr. X.) Clearly, a public version of that affidavit, with only the name and city of residence of Mr. X redacted, should have been tendered. Similarly, the body of the affidavits of Monsieur A and Madame B is reproduced almost textually in the written representations filed publicly. The only substantive difference is that the affidavits state the names of Monsieur A and Madame B and very briefly set out the relation in which they stand to Mr. X, information that could easily have been redacted from a public version of the affidavits. Some of the exhibits attached to the affidavits of Monsieur A and Madame B, such as the covering letter for their complaints to the Information Commissioner and the latter’s acknowledgement of receipt, only contain, by way of possibly confidential information, the name of the applicants and could and should have been redacted for public filing. Other exhibits, while containing a larger proportion of possibly confidential information, clearly could have been disclosed with redactions to enhance and preserve the openness of these proceedings whilst entirely preserving the confidentiality of the information the applicants allege is confidential.

² Attached as part of Exhibit R-7 to the affidavits of Monsieur A and Madame B.

présentera ces documents sou pli confidentiel, accompagnés d’une copie de laquelle les renseignements confidentiels auront été retranchés, pour que celle-ci soit versée au dossier public.

9. Les parties s’abstiendront de mentionner des renseignements confidentiels dans les observations écrites ou les mémoires des faits et du droit qu’elles entendent déposer dans la présente demande. Si une partie estime qu’elle doit mentionner des renseignements confidentiels dans des observations écrites, elle devra, avant de déposer le document en cause, présenter une requête sollicitant l’autorisation de déposer ces observations écrites ou ce mémoire confidentiellement ou sollicitant la modification de la présente ordonnance pour que le renseignement en question soit retiré de la désignation des « renseignements confidentiels ».

10. Pour les besoins de l’échéancier établi aux alinéas 8a), b) et g) de l’ordonnance du 9 septembre 2008, la présente ordonnance ne prendra effet qu’à compter de la date de la décision statuant sur toute requête pour interjeter appel de l’ordonnance, présentée conformément à la règle 51 des *Règles des Cours fédérales* ou, selon le cas, à l’expiration du délai prévu dans les *Règles des Cours fédérales* pour déposer une telle requête.

¹ L’affidavit de M. X est reproduit intégralement et presque textuellement dans les observations écrites qu’il a déposées au dossier public. (Les seuls changements tiennent à ce que les déclarations rédigées à la première personne dans l’affidavit sont reproduites à la troisième personne dans les observations écrites, et à ce que l’affidavit énonce le nom et la ville de résidence de M. X.) À l’évidence, il aurait fallu présenter une version publique de cet affidavit, dans laquelle le nom et la ville de résidence auraient été expurgés. De même, le corps des affidavits de Monsieur A et de Madame B est reproduit presque mot pour mot dans les observations écrites versées au dossier public. La seule différence de fond est que les affidavits énoncent les noms de Monsieur A et de Madame B et décrivent très brièvement leurs rapports avec M. X, information qui aurait pu facilement être retranchée d’une version publique des affidavits. Certaines des pièces jointes aux affidavits de Monsieur A et de Madame B, comme la lettre accompagnant la plainte qu’ils ont adressée au Commissaire à l’information et l’accusé de réception de ce dernier ne contiennent, comme renseignements susceptibles d’être confidentiels, que le nom des demandeurs, et elles auraient pu et dû être expurgées et versées au dossier public. D’autres pièces comportent une proportion plus importante de renseignements susceptibles d’être confidentiels, mais elles auraient manifestement pu être divulguées après avoir été expurgées, de façon à accroître et à préserver le caractère public des débats en l’espèce tout en protégeant parfaitement la confidentialité des renseignements que les demandeurs prétendent être confidentiels.

² Le résumé fait partie des documents compris dans la pièce R-7 des affidavits de Monsieur A et de Madame B.

³ Although I have serious doubts that “prejudice by association” constitutes grounds for a person to claim privacy interest in someone else’s personal information, that will be a matter ultimately to be determined on the merits of the application.

⁴ *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522.

⁵ *Sierra Club of Canada, ibid.*, at para. 53

⁶ **67.** (1) An originating document shall contain a style of cause that sets out the names of all parties and the capacity of any party that is not acting in its personal capacity.

...

(3) The style of cause in an application shall name each party commencing the application as an applicant and each adverse party as a respondent and state any legislative provision or rule under which the application is made.

...

(6) Subsections (1) to (4) apply, with such modifications as are required, to a motion brought prior to the commencement of an action, application or appeal.

⁷ See: *John Doe v. Canada (Attorney General)*, at para. 8.

³ Je doute sérieusement que le [TRADUCTION] « préjudice par association » constitue un motif justifiant de se réclamer du droit au respect de la vie privée à l’égard de renseignements personnels d’autrui, mais il s’agit là d’une question qui devra être tranchée en dernière analyse dans le cadre de l’examen du bien-fondé de la demande.

⁴ *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522.

⁵ *Sierra Club du Canada, ibid.*, au par. 53.

⁶ **67.** (1) L’acte introductif d’instance porte un intitulé qui indique le nom des parties et à quel titre elles sont parties à l’instance si elles ne le sont pas à titre personnel.

[...]

(3) L’intitulé d’une demande désigne comme demandeur chaque partie qui présente la demande et comme défendeur chaque partie adverse, avec mention de la disposition législative ou de la règle en vertu de laquelle la demande est présentée.

[...]

(6) Les paragraphes (1) à (4) s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux requêtes présentées avant le début d’une action, d’une demande ou d’un appel.

⁷ Voir : *M. Untel c. Canada (Procureur général)*, au par. 8.

A-63-08
2008 FCA 300

A-63-08
2008 CAF 300

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellant*)

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelant*)

v.

c.

Ahmad Qasem (*Respondent*)

Ahmad Qasem (*intimé*)

INDEXED AS: QASEM v. M.N.R. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : QASEM c. M.R.N. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Evans and Trudel J.J.A.—Toronto, October 6, 2008.

Cour d’appel fédérale, juges Linden, Evans et Trudel, J.C.A.—Toronto, 6 octobre 2008.

Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Appeal from decision of Federal Court setting aside decision by Minister, pursuant to Act, s. 29, to maintain forfeiture of funds — Recent F.C.A. decisions answering issue at bar — Once respondent unable to satisfy Minister’s request for evidence money legitimately obtained, Minister entitled to decline to exercise discretion to grant relief from forfeiture — Appeal allowed.

Douanes et Accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision du ministre de confirmer la confiscation des espèces en vertu de l’art. 29 de la Loi — Des arrêts récents de la C.A.F. répondent à la question litigieuse en l’espèce — Dès que l’intimé se fut révélé incapable de répondre à l’invitation du ministre à produire des éléments établissant que l’argent avait été légitimement obtenu, le ministre était en droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire de restitution ou de confirmation de la confiscation — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Federal Court that set aside the decision by the Minister, pursuant to section 29 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, to maintain the forfeiture of the respondent’s funds.

Il s’agissait d’un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision prise par le ministre de confirmer la confiscation des espèces de l’intimé en application de l’article 29 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*.

The issue was whether the applications Judge erred in allowing the application for judicial review on the ground that the Minister had imposed too high a burden on the respondent by requiring him to prove that his explanation of the source of funds was the only one possible.

La question litigieuse était celle de savoir si le juge des demandes a commis une erreur en accueillant la demande de contrôle judiciaire au motif que le ministre avait fait peser une charge trop lourde sur l’intimé en exigeant qu’il prouve que son explication de la provenance de l’argent était la seule possible.

Held, the appeal should be allowed.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

The recent decisions in *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2009] 2 F.C.R. 576 (F.C.A.), where the facts were materially indistinguishable from those in the present appeal, and *Yang v. Canada (Minister of Public Safety)*, 2008 FCA 281, answered the main issue at bar. The Minister made his decision after inviting the respondent to adduce evidence that the “money was legitimately obtained”. Once the respondent was unable to satisfy the Minister’s request, the Minister was entitled to decline to exercise his discretion to grant relief from forfeiture.

Les décisions rendues récemment dans les arrêts *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, [2009] R.C.F. 576 (C.A.F.), dans lequel les faits ne différaient pas sensiblement de ceux de la présente espèce, et *Yang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique)*, 2008 CAF 281 ont répondu à la principale question en l’espèce. Le ministre a rendu sa décision après avoir invité l’intimé à produire des éléments établissant que « l’argent avait été légitimement obtenu ». Une fois que l’intimé se fut révélé incapable de répondre à sa demande, le ministre était en droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire de restitution ou de confirmation de la confiscation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, s. 29.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Qasem v. M.N.R., [2008] 3 F.C.R. 385; (2008), 322 F.T.R. 47; 2008 FC 31; *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2009] 2 F.C.R. 576; (2008), 297 D.L.R. (4th) 651; 82 Admin. L.R. (4th) 243; 2008 FCA 255; *Yang v. Canada (Minister of Public Safety)* (2008), 380 N.R. 387; 2008 FCA 281.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2008] 3 F.C.R. 385; (2008), 322 F.T.R. 47; 2008 FC 31) that set aside the decision by the Minister to maintain the forfeiture of the respondent's funds. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Jan E. Brongers and Marie A. Crowley for appellant.
Ahmad N. Baksh for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Ahmad N. Baksh, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] TRUDEL J.A.: This is an appeal from a decision of O'Reilly J. of the Federal Court, [2008] 3 F.C.R. 385 (the applications Judge) dated January 10, 2008, that set aside the decision made by the appellant (Minister or Minister's delegate) pursuant to section 29 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 (the Act) to maintain the forfeiture of the respondent's funds.

[2] The applications Judge allowed the application for judicial review on the ground that the Minister had im-

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 29.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Qasem c. M.R.N., [2008] 3 R.C.F. 385; 2008 CF 31; *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, [2009] 2 R.C.F. 576; 2008 CAF 255; *Yang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique)*, 2008 CAF 281.

APPEL de la décision ([2008] 3 R.C.F. 385; 2008 CF 31) par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision prise par le ministre de confirmer la confiscation des espèces de l'intimé. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Jan E. Brongers et Marie A. Crowley pour l'appellant.
Ahmad N. Baksh pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Ahmad N. Baksh, Toronto, pour l'intimé.

Ce qui est est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel de la décision de la Cour fédérale, en date du 10 janvier 2008, [2008] 3 R.C.F. 385, par laquelle le juge O'Reilly (le juge des demandes) a annulé la décision prise par l'appelant (le ministre ou le délégué du ministre) de confirmer la confiscation des espèces de l'intimé sous le régime de l'article 29 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 (la Loi).

[2] Le juge des demandes a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif que le ministre avait fait

posed too high a burden on the respondent by requiring him to prove that his explanation of the source of funds was the only one possible and referred the matter back to another delegate for reconsideration.

[3] The appellant alleges that the applications Judge committed reviewable errors by applying the incorrect legal test when concluding as he did on the burden of proof and by failing to give deference to the Minister's decision.

[4] Neither the applications Judge, nor the parties, when preparing their respective memoranda of facts and law, had the benefit of our Court's decision in *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2009] 2 F.C.R. 576 (F.C.A.) released on September 9, 2008, a case where the facts are materially indistinguishable from those in the present appeal. We believe that this recent judgment answers the main issue at bar as well as this Court's decision in *Yang v. Canada (Minister of Public Safety)*, 2008 FCA 281, decided afterwards.

[5] In this case, as he had done in *Sellathurai*, the Minister made his decision after inviting the respondent to adduce evidence that the "money was legitimately obtained" (appeal book, Tab 8, at page 113).

[6] Once Mr. Qasem was unable to satisfy the Minister's request, the Minister was entitled to decline to exercise his discretion to grant relief from forfeiture. Considering the facts of the present case and the decisions of our Court in *Sellathurai* and *Yang*, we find that it was reasonable for the Minister to decide as he did.

[7] The appeal should be allowed with costs in this Court, the decision of the Federal Court set aside and the application for judicial review dismissed.

peser une charge trop lourde sur l'intimé en exigeant qu'il prouve que son explication de la provenance de l'argent était la seule possible, et il a renvoyé l'affaire à un autre délégué pour réexamen.

[3] L'appelant soutient que le juge des demandes a commis des erreurs donnant lieu à révision en appliquant un critère juridique erroné, c'est-à-dire en concluant sur le fondement de la charge de la preuve, et en manquant à son obligation de retenue à l'égard de la décision du ministre.

[4] Ni le juge des demandes lorsqu'il a prononcé sa décision, ni les parties lorsqu'elles ont établi leurs exposés respectifs des faits et du droit, n'avaient pu prendre connaissance de l'arrêt *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, [2009] 2 R.C.F. 576 (C.A.F.), rendu par notre Cour le 9 septembre 2008, sur une affaire dont les faits ne diffèrent pas sensiblement de ceux de la présente espèce. Nous pensons que cet arrêt récent, ainsi que l'arrêt postérieur *Yang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique)*, 2008 CAF 281, résolvent la principale question ici en litige.

[5] Dans la présente espèce, comme il l'avait fait dans *Sellathurai*, le ministre a rendu sa décision après avoir invité l'intimé à produire des éléments établissant que [TRADUCTION] « l'argent avait été légitimement obtenu » (dossier d'appel, onglet 8, à la page 113).

[6] Une fois que M. Qasem se fut révélé incapable de répondre à sa demande, le ministre était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire de restitution ou de confirmation de la confiscation. Étant donné les faits de la présente espèce et les arrêts de notre Cour *Sellathurai* et *Yang*, nous estimons qu'il était raisonnable de la part du ministre de rendre la décision qu'il a rendue.

[7] L'appel devrait être accueilli avec dépens devant notre Cour, la décision de la Cour fédérale devrait être annulée, et la demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée.

T-817-07
2008 FC 965

T-817-07
2008 CF 965

Arend Hendrik Getkate (*Applicant*)

Arend Hendrik Getkate (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: GETKATE v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : GETKATE c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)

Federal Court, Kelen J.—Vancouver, August 6; Ottawa, August 25, 2008.

Cour fédérale, juge Kelen—Vancouver, 6 août; Ottawa, 25 août 2008.

Penitentiaries — Judicial review of decisions of Minister refusing request by applicant, Canadian citizen incarcerated in United States, to serve prison sentence in Canada, pursuant to International Transfer of Offenders Act, s. 10(1)(a), (b) — Act, s. 8 requiring consent of offender, foreign entity and Canada before transfer occurs — Consent to transfer by United States, but not Canada — Reasons articulated by Minister contrary to evidence and to assessment, recommendations by own Department — Evidence applicant undergoing, accepting therapy well, having strong social, family ties in Canada — No evidence applicant constituting potential threat to safety of Canadians, security of Canada — Application allowed.

Pénitenciers — Contrôle judiciaire de décisions dans lesquelles le ministre a refusé au demandeur, un citoyen canadien incarcéré aux États-Unis, la possibilité de purger sa peine d'emprisonnement au Canada en vertu des art. 10(1)a) et b) de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — L'art. 8 de la Loi précise qu'un transfèrement ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du délinquant, celui de l'entité étrangère et celui du Canada — Les États-Unis ont approuvé le transfèrement, mais pas le Canada — Les motifs invoqués par le ministre allaient à l'encontre de la preuve ainsi que de l'évaluation et des recommandations de son propre ministère — Des éléments de preuve démontraient que le demandeur suivait une thérapie et recevait bien les traitements et qu'il avait des liens sociaux et familiaux étroits au Canada — Il n'apparaissait nulle part que le demandeur constituait une menace pour la sécurité du public ou la sécurité du Canada — Demande accueillie.

Construction of Statutes — International Transfer of Offenders Act, s. 10(1)(a) — “Threat to the security of Canada” — Traditionally limited in other legislation to threats of general terrorism and warfare against Canada or threats to security of Canadians en masse — General threat to re-offend herein not “threat to the security of Canada”.

Interprétation des lois — Art. 10(1)a) de la Loi sur le transfèrement international des délinquants — « Menace pour la sécurité du Canada » — Cette expression a toujours été limitée, dans les autres lois, aux menaces de terrorisme et de guerre en général contre le Canada ou aux menaces pour la sécurité de la population tout entière — La menace générale de récidive en l'espèce ne constitue pas une « menace pour la sécurité du Canada ».

Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — In context of transfer under International Transfer of Offenders Act, applicant's Charter mobility rights not engaged and, if engaged, provisions of Act constituting reasonable limitation on rights — Applicant's mobility already restricted by U.S. prison sentence due to own illegal activity — No automatic consent to transfer by Canada without considering object of international treaty agreement for better rehabilitation of prisoner.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — S'agissant d'un transfèrement selon la Loi sur le transfèrement international des délinquants, la liberté de circulation et d'établissement conférée par la Charte n'entraîne pas en jeu et, si elle entraîne en jeu, alors les dispositions contenues dans la Loi constitueraient une limite raisonnable à cette liberté — Cette liberté du demandeur a déjà été restreinte par l'effet de l'emprisonnement aux États-Unis attribuable à ses propres actes illégaux — Le Canada ne saurait automatiquement consentir au transfèrement sans

This was an application for judicial review of two decisions in which the Minister refused a request by the applicant, a Canadian citizen incarcerated in the United States for aggravated child molestation, to serve his prison sentence in Canada, pursuant to paragraphs 10(1)(a) and (b) of the *International Transfer of Offenders Act* (the Act).

Under section 8 of the Act, a transfer can only occur with the consent of the offender, the foreign (in this case American) entity and Canada. The applicant's request was approved by the United States in 2006. However, consent was twice denied by Canada through the Minister, for the following reasons: (1) the nature of the offences indicated the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada (paragraph 10(1)(a)), (2) there was no evidence to suggest the offender's risk had been mitigated through treatment, and (3) there was evidence the offender abandoned Canada as his place of permanent residence (paragraph 10(1)(b)).

The issues were: (1) whether the applicant had a constitutional right by virtue of subsection 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter), to have his prison sentence transferred to Canada upon consent being obtained from the American authorities, and (2) whether the Minister erred under section 10 of the Act in refusing to grant the applicant's request that he be able to serve the remainder of his prison sentence in Canada.

Held, the application should be allowed.

(1) The applicant's mobility rights under section 6 of the Charter to enter and leave Canada were temporarily restricted by the applicant's U.S. prison sentence. In the context of a transfer under the Act, an applicant's Charter mobility rights are not engaged and, if they were, the provisions contained in the Act are a reasonable limitation on those rights given that the applicant has already had his mobility restricted due to his own illegal activity. Moreover, Canada cannot automatically consent to the transfer without considering if it will serve the object of the international treaty agreement for the better rehabilitation of the prisoner.

(2) The reasons articulated by the Minister were contrary to the evidence and to the assessment and recommendations by his own Department. There was evidence demonstrating that the applicant had undergone a full year of intensive therapy and

d'abord se demander si cela répondrait à l'objet de l'accord international, qui est de favoriser la réadaptation du détenu.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de deux décisions dans lesquelles le ministre a refusé au demandeur, un citoyen canadien incarcéré aux États-Unis pour attentat grave à la pudeur sur un enfant, la possibilité de purger sa peine d'emprisonnement au Canada en vertu des alinéas 10(1)a) et b) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* (la Loi).

En vertu de l'article 8 de la Loi, un transfèrement ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du délinquant, celui de l'entité étrangère (en l'occurrence les États-Unis) et celui du Canada. La demande du demandeur a été approuvée par les États-Unis en 2006. Toutefois, le Canada a refusé son consentement à deux reprises, par l'entremise du ministre, pour les motifs suivants : 1) la nature des infractions donnait à penser que le retour du délinquant au Canada constituerait une menace pour la sécurité du public et la sécurité du Canada (alinéa 10(1)a)), 2) rien ne permettait d'affirmer que les traitements suivis par le demandeur avaient permis d'atténuer le risque qu'il pose, et 3) il était établi que le délinquant ne considérait plus le Canada comme le lieu de sa résidence permanente (alinéa 10(1)b)).

Les questions en litige étaient celles de savoir si : 1) le demandeur avait, en application du paragraphe 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), le droit fondamental de faire transférer au Canada sa peine d'emprisonnement une fois obtenu le consentement des autorités américaines, et 2) le ministre avait commis une erreur, suivant l'article 10 de la Loi, en refusant d'accorder au demandeur la possibilité de purger au Canada le reste de sa peine d'emprisonnement.

Jugement : la demande doit être accueillie.

1) La liberté de circulation et d'établissement du demandeur selon l'article 6 de la Charte, qui comprend le droit d'entrer au Canada et d'en sortir, était temporairement limitée par la peine d'emprisonnement qui lui a été imposée aux États-Unis. S'agissant d'un transfèrement selon la Loi, la liberté de circulation et d'établissement conférée par la Charte n'entraînait pas en jeu et, si elle entraînait en jeu, alors les dispositions contenues dans la Loi constitueraient une limite raisonnable à cette liberté, puisque cette liberté du demandeur a déjà été restreinte par l'effet de ses propres actes illégaux. Par ailleurs, le Canada ne saurait automatiquement consentir au transfèrement sans d'abord se demander si cela répondra à l'objet de l'accord international, qui est de favoriser la réadaptation du détenu.

2) Les motifs invoqués par le ministre allaient à l'encontre de la preuve ainsi que de l'évaluation et des recommandations de son propre ministère. Des éléments de preuve montraient que le demandeur avait suivi pendant une année complète une

psychosexual education at his own expense and that the treatment had been well received. There was evidence that the applicant continued to have strong social and family ties in Canada and that he never abandoned the country as his place of permanent residence. There was no evidence on the record demonstrating that the applicant constituted a potential threat to the safety of Canadians or the security of Canada. Use of the phrase “threat to the security of Canada” has traditionally been limited in other legislation to threats of general terrorism and warfare against Canada or threats to the security of Canadians *en masse*. If the threat to Canada was the mere risk that the offender would re-offend, then such a consideration could be applied to every inmate seeking a transfer.

thérapie intensive et une éducation psychosexuelle, à ses propres frais, et que les traitements avaient été bien reçus. Des éléments de preuve démontraient que le demandeur avait encore des liens sociaux et familiaux étroits au Canada et qu’il n’avait jamais eu l’intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente. Il n’apparaissait nulle part dans le dossier que le demandeur constituait une menace pour la sécurité du public ou la sécurité du Canada. L’emploi de l’expression « menace pour la sécurité du Canada » a toujours été limitée, dans les autres lois, aux menaces de terrorisme et de guerre en général contre le Canada ou aux menaces pour la sécurité de la population tout entière. Si la menace pour la sécurité du Canada était simplement le risque de voir le délinquant récidiver, alors un tel facteur pourrait s’appliquer à tout détenu qui sollicite un transfèrement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23.

Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).

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

International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 2 “Canadian offender”, 6(1), 8(1), 10.

Transfer of Offenders Act, R.S.C., 1985, c. T-15.

Treaty between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences, March 2, 1977, [1978] Can. T.S. No. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9; *Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2008] 2 F.C.R. 377; 333 F.T.R. 27; 2007 FC 866.

DISTINGUISHED:

Van Vlymen v. Canada (Solicitor General), [2005] 1 F.C.R. 617; (2004), 189 C.C.C. (3d) 538; 123 C.R.R. (2d) 101; 2004 FC 1054.

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, 6.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23.

Loi sur le transfèrement des délinquants, L.R.C. (1985), ch. T-15.

Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 2 « délinquant canadien », 6(1), 8(1), 10.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).

Loi sur l’extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21.

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

Traité entre le Canada et les États-Unis d’Amérique sur l’exécution des peines imposées aux termes du droit criminel, 2 mars 1977, [1978] R.T. Can. n° 12.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Kozarov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, [2008] 2 R.C.F. 377; 2007 CF 866.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général), [2005] 1 R.C.F. 617; 2004 CF 1054.

REFERRED TO:

United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 48 C.C.C. (3d) 193; 42 C.R.R. 101.

APPLICATION for judicial review of two decisions in which the Minister refused a request by the applicant, a Canadian citizen incarcerated in the United States, to serve his prison sentence in Canada. Application allowed.

APPEARANCES:

John W. Conroy, Q.C. for applicant.
Curtis S. Workun for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Conroy & Company, Abbotsford, B.C., for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] KELEN J.: This application for judicial review concerns two decisions of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) dated March 20, 2007 and October 23, 2007, respectively. In the decisions the Minister refuses a request by the applicant, a Canadian citizen incarcerated in the United States, to serve his prison sentence in Canada under the terms of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 (the Act). The applicant challenges both the merits of the Minister's decisions and the constitutionality of the Act. Specifically, the applicant argues that paragraphs 10(1)(a) and (b) of the Act unconstitutionally violate his mobility rights under section 6 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).

DÉCISION CITÉE :

États-Unis d'Amérique c. Cotroni; États-Unis d'Amérique c. El Zein, [1989] 1 R.C.S. 1469.

DEMANDE de contrôle judiciaire de deux décisions dans lesquelles le ministre a refusé au demandeur, un citoyen canadien incarcéré aux États-Unis, la possibilité de purger sa peine d'emprisonnement au Canada. Demande accueillie.

ONT COMPARU

John W. Conroy, c.r. pour le demandeur.
Curtis S. Workun pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Conroy & Company, Abbotsford (C.-B.), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN : La présente demande de contrôle judiciaire concerne deux décisions du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), datées du 20 mars 2007 et du 23 octobre 2007 respectivement. Dans ces décisions, le ministre refuse au demandeur, un citoyen canadien incarcéré aux États-Unis, la possibilité de purger sa peine d'emprisonnement au Canada aux termes des dispositions de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (la Loi). Le demandeur conteste à la fois le fond des décisions du ministre et la constitutionnalité de la Loi. Plus précisément, il soutient que les alinéas 10(1)(a) et b) de la Loi sont inconstitutionnels parce qu'ils nient la liberté de circulation et d'établissement qui lui est reconnue par l'article 6 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).

FACTS

Background

[2] The applicant, Arend Hendrik Getkate, is a 24-year-old Canadian citizen born in Belleville, Ontario. In February 1996, the applicant moved with his mother to Hampton, Georgia, where she was married later that year. The applicant continued to reside in Georgia with his mother and step-father until he graduated from high school in May 2000. In August 2000, the applicant returned to Canada for approximately six months, during which time he lived with his aunt and uncle in Plainfield, Ontario. In February 2001, the applicant moved back to Georgia, attending post-secondary studies at Clayton State College and University.

[3] On August 19, 2002, the applicant was arrested and charged in Georgia with three counts of aggravated child molestation and one count of child molestation. On June 2, 2003, the applicant was convicted and sentenced to 30 years' imprisonment on the three counts of aggravated child molestation and 10 years consecutive on the remaining count. The sentence provided that upon serving 10 years in prison with respect to the three counts of aggravated child molestation, the remainder of the applicant's sentence would be served on probation. An appeal of the applicant's conviction and sentence was dismissed on September 13, 2004.

The applicant's request and the Minister's denial

[4] By application dated March 1, 2005, the applicant requested, pursuant to the provisions of the Act, that he be transferred to Canada to serve the remainder of his prison sentence. Under the terms of the Act, a transfer can only occur with the consent of the offender; the foreign (in this case American) entity; and Canada. The applicant's request for a transfer was approved by the Georgia Department of Corrections on January 19, 2006, and by the United States Department of Justice on June 22, 2006.

[5] However, consent has been denied by Canada through the Minister. As part of the applicant's request,

LES FAITS

Le contexte

[2] Le demandeur est un citoyen canadien âgé de 24 ans, né à Belleville, en Ontario. En février 1996, il s'est installé avec sa mère à Hampton, en Géorgie, où sa mère s'est mariée plus tard cette année-là. Le demandeur a continué de résider en Géorgie avec sa mère et son beau-père jusqu'à la fin de ses études secondaires en mai 2000. En août 2000, il est revenu au Canada durant environ six mois, période au cours de laquelle il a vécu auprès de sa tante et de son oncle à Plainfield, en Ontario. En février 2001, il est retourné vivre en Géorgie, pour y poursuivre des études supérieures au Clayton State College and University.

[3] Le 19 août 2002, le demandeur a été arrêté en Géorgie et accusé de trois chefs d'attentat grave à la pudeur sur un enfant et d'un chef d'attentat à la pudeur sur un enfant. Le 2 juin 2003, il a été reconnu coupable et condamné à une peine d'emprisonnement de 30 ans pour les trois chefs d'attentat grave à la pudeur sur un enfant et à une peine consécutive de 10 ans pour le chef restant. La peine prononcée prévoyait que, après avoir purgé 10 ans d'emprisonnement au titre des trois chefs d'attentat grave à la pudeur sur un enfant, le demandeur purgerait le reste de sa peine en probation. L'appel interjeté par le demandeur contre la déclaration de culpabilité et contre la peine imposée a été rejeté le 13 septembre 2004.

La demande du demandeur et son rejet par le ministre

[4] Par une demande datée du 1^{er} mars 2005, le demandeur a sollicité, conformément aux dispositions de la Loi, son transfèrement au Canada afin d'y purger le reste de sa peine d'emprisonnement. Selon la Loi, un transfèrement ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du délinquant, celui de l'entité étrangère (en l'occurrence les États-Unis) et celui du Canada. La demande de transfèrement a été approuvée par le Department of Corrections de la Géorgie le 19 janvier 2006 et par le département de la Justice des États-Unis le 22 juin 2006.

[5] Cependant, le Canada a refusé son consentement, par l'entremise du ministre. En marge de la demande du

a report was produced by the Correctional Service of Canada (CSC) to determine whether the applicant satisfied the provisions of the Act. The relevant portion of the report states:

The probation of 30 years, to be served upon completion of the sentence of imprisonment, cannot be administered in Canada as it follows a period of incarceration of more than two years.

Mr. Getkate's citizenship has been verified and confirmed by the Canadian Consulate General in Atlanta, Georgia.

His request to transfer was approved by the state of Georgia on January 19, 2006 and by the Department of Justice on June 22, 2006.

Mr. Getkate has never been transferred under the [Act].

Mr. Getkate did not leave or remain outside Canada with the intention of abandoning Canada as his place of residence. Community assessments completed with his grandparents, aunts, uncles and family friends between April and May 2005 and again on August 6, 2006, confirm that he still has strong social and family ties to Canada. His grandparents will offer him emotional and financial support as well as accommodation upon his release. All others are prepared to offer varying levels of support for the purpose of a transfer.

Furthermore, while incarcerated, Mr. Getkate was involved in intensive therapy and psychosexual education for a full year at his own expense.

The information obtained to date does not lead us to believe that, he would after the transfer, commit an act of terrorism or a criminal organization offence within the meaning of section 2 of the *Criminal Code*, nor that he would constitute a threat to the security of Canada.

According to Section 3 of the *International Transfer of Offenders Act*, "the purpose of this Act is to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community" by enabling them to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.

The transfer of Mr. Getkate will facilitate and enhance his eventual reintegration into the community through appropriate programming, including gradual and supervised release under the jurisdiction of the Correctional Service of Canada. Should a transfer not be granted, Mr. Getkate will be deported to Canada as early as April 18, 2013, and will not be under the jurisdiction of the Correctional Service of Canada and will not be subject to any supervision requirements or restrictions.

demandeur, un rapport fut établi par le Service correctionnel du Canada (le SCC) pour savoir si le demandeur répondait aux dispositions de la Loi. La partie pertinente du rapport se présente ainsi :

[TRADUCTION] La période de probation de 30 ans, qui doit être purgée au moment où prend fin la peine d'emprisonnement, ne peut pas être administrée au Canada car elle suit une période d'incarcération d'une durée de plus de deux ans.

La citoyenneté de M. Getkate a été vérifiée et confirmée par le Consulat général du Canada à Atlanta, en Géorgie.

Sa demande de transfèrement a été approuvée par l'État de la Géorgie le 19 janvier 2006 et par le département de la Justice le 22 juin 2006.

M. Getkate n'a jamais été transféré selon la [Loi].

M. Getkate n'a pas quitté le Canada ni n'est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence. Les évaluations communautaires menées auprès de ses grands-parents, de ses tantes, de ses oncles et des amis de la famille entre avril et mai 2005, puis à nouveau le 6 août 2006, confirment que les liens sociaux et familiaux qu'il a au Canada sont encore solides. Lorsqu'il sera libéré, ses grands-parents lui offriront un soutien affectif et financier ainsi que l'hébergement. Tous les autres sont disposés à lui apporter divers degrés de soutien aux fins d'un transfèrement.

Par ailleurs, durant son incarcération, M. Getkate s'est soumis à une thérapie intensive et à une éducation psychosexuelle durant une année entière, à ses propres frais.

Les renseignements obtenus à ce jour ne nous permettent pas de croire que, après le transfèrement, il commettrait un acte de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle au sens de l'article 2 du *Code criminel*, ou qu'il constituerait une menace pour la sécurité du Canada.

Selon l'article 3 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, « [l]a présente loi a pour objet de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leurs peines dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux ».

Le transfèrement de M. Getkate facilitera et accélérera son éventuelle réinsertion dans la collectivité, grâce à des programmes adaptés, notamment une mise en liberté graduelle et supervisée, sous l'autorité du Service correctionnel du Canada. Si un transfèrement n'est pas accordé, M. Getkate sera expulsé vers le Canada dès le 18 avril 2013, il ne relèvera pas du Service correctionnel du Canada et il ne sera soumis à aucune condition de surveillance ni à aucune restriction. [Non souligné dans

[Emphasis added.]

The report was approved on November 22, 2006 by Julie Keravel, Director, Institutional Reintegration Operations, CSC.

[6] Despite the recommendation contained in CSC's report, on March 20, 2007, the Minister denied the applicant's request for a transfer. The reasons provided by the Minister, which are included in the report under the heading "Ministerial decision", are as follows:

- The nature of the offences indicates the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada.
- There is no evidence to suggest the offender's risk has been mitigated through treatment.

The Minister's decision was communicated to the applicant by letter dated March 30, 2007, from Ms. Keravel at CSC. The applicant was also told that should he wish to submit further information in support of a new application, he was entitled to do so at any time.

The applicant's second request and the Minister's denial

[7] Subsequently, the applicant submitted a second request that he be allowed to serve the remainder of his prison sentence in Canada. Accordingly, a second report and recommendation were produced by CSC to determine whether the applicant satisfied the conditions of the Act. That report, which is virtually identical to the first report, was approved by Ms. Keravel at CSC on May 14, 2007. On May 15, 2007, the report was forwarded to the Minister for consideration.

[8] On October 23, 2007, the Minister again denied the applicant's request. The reasons provided include the same two reasons contained within the first denial, as well as a finding that the applicant "abandoned Canada as his place of permanent residence." The reasons read as follows:

l'original.]

Le rapport a été entériné le 22 novembre 2006 par Julie Keravel, directrice de la Division des opérations de réinsertion sociale en établissement, au SCC.

[6] Malgré la recommandation figurant dans le rapport du SCC, le ministre a rejeté le 20 mars 2007 la demande de transfèrement. Les motifs invoqués par le ministre, qui figurent dans le rapport sous la rubrique [TRADUCTION] « décision ministérielle », sont les suivants :

[TRADUCTION]

- La nature des infractions donne à penser que le retour du délinquant au Canada constituerait une menace pour la sécurité du public et la sécurité du Canada.
- Rien ne permet d'affirmer que les traitements suivis par le délinquant ont permis d'atténuer le risque qu'il pose.

La décision du ministre a été communiquée au demandeur par une lettre de M^{me} Keravel, du SCC, en date du 30 mars 2007. Le demandeur a aussi appris que, s'il souhaitait présenter d'autres renseignements au soutien d'une nouvelle demande, il pouvait le faire à tout moment.

La deuxième demande du demandeur et son rejet par le ministre

[7] Le demandeur a par la suite sollicité une deuxième fois l'autorisation de purger au Canada le reste de sa peine d'emprisonnement. Un deuxième rapport, accompagné d'une recommandation, a donc été établi par le SCC pour savoir si le demandeur remplissait les conditions fixées dans la Loi. Ce rapport, qui est pour ainsi dire identique au premier, a été entériné par M^{me} Keravel, du SCC, le 14 mai 2007. Le 15 mai 2007, le rapport a été transmis au ministre pour examen.

[8] Le 23 octobre 2007, le ministre a encore une fois rejeté la demande du demandeur. Les motifs donnés comprennent les mêmes deux motifs donnés à l'appui du premier rejet, outre une conclusion selon laquelle le demandeur [TRADUCTION] « ne considère plus le Canada comme le lieu de sa résidence permanente ». Les motifs se présentent ainsi :

[TRADUCTION]

- The nature of the offences indicates the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada.
 - There is no evidence to suggest the offender's risk has been mitigated through treatment.
 - There is evidence the offender abandoned Canada as his place of permanent residence. [Emphasis added.]
- La nature des infractions donne à penser que le retour du délinquant au Canada constituerait une menace pour la sécurité du public et la sécurité du Canada.
 - Rien ne permet d'affirmer que les traitements suivis par le délinquant ont permis d'atténuer le risque qu'il pose.
 - Il est établi que le délinquant ne considère plus le Canada comme le lieu de sa résidence permanente. [Non souligné dans l'original.]

The Minister's decision was communicated to the applicant by letter dated November 1, 2007.

La décision du ministre a été communiquée au demandeur par lettre datée du 1^{er} novembre 2007.

ISSUES

LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] The applicant challenges both the merits of the Minister's decision as well as the underlying constitutionality of paragraphs 10(1)(a) and (b) of the Act. Accordingly, there are two issues to be addressed by the Court:

[9] Le demandeur conteste à la fois le fond de la décision du ministre ainsi que la constitutionnalité des alinéas 10(1)a) et b) de la Loi. La Cour doit donc examiner deux aspects :

1. Does the applicant, as a Canadian citizen, have a constitutional right by virtue of subsection 6(1) of the Charter, to have his prison sentence transferred to Canada upon consent being obtained from the American authorities; and
2. On the circumstances of this case, did the Minister err under section 10 of the Act in refusing to grant the applicant's request that he be able to serve the remainder of his prison sentence in Canada?

1. Le demandeur, en tant que citoyen canadien, a-t-il, en application du paragraphe 6(1) de la Charte, le droit fondamental de faire transférer au Canada sa peine d'emprisonnement une fois obtenu le consentement des autorités américaines?
2. D'après les circonstances de cette affaire, le ministre a-t-il commis une erreur, aux termes de l'article 10 de la Loi, en refusant d'accorder au demandeur la possibilité de purger au Canada le reste de sa peine d'emprisonnement?

STANDARD OF REVIEW

LA NORME DE CONTRÔLE

[10] In assessing the appropriate standard of review to apply to the Minister's denial of the applicant's request, I am guided by the recent Supreme Court of Canada decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190. In that case, the Supreme Court reconsidered the number and definitions to be given to the various standards of review, as well as the analytical process to be employed to determine the appropriate standard in a given situation. As a result of the Court's decision, it is clear that the standard of patent unreasonableness has been eliminated,

[10] Pour savoir quelle norme de contrôle il convient d'appliquer à la décision du ministre de rejeter la demande du demandeur, je me réfère à un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190. La Cour suprême du Canada a, dans cette affaire, revisité le nombre des normes de contrôle et leurs définitions, ainsi que le processus analytique à employer pour savoir laquelle d'entre elles il convient d'appliquer dans un cas donné. En conséquence de cet arrêt, il est clair que la norme de la décision

and that reviewing courts must focus on only two standards, those of correctness and reasonableness.

[11] In *Dunsmuir*, the Supreme Court held, at paragraph 62, that the first step in a standard of review analysis is to ascertain whether previous jurisprudence has determined adequately the appropriate standard to apply in a given situation. In *Kozarov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2008] 2 F.C.R. 377 (F.C.), Mr. Justice Harrington was faced with a similar issue under paragraph 10(1)(b) of the Act. In that case, Justice Harrington held that a discretionary decision of the Minister, such as the one currently before the Court, is entitled to the “highest standard of deference,” and should only be set aside if found to be patently unreasonable. Accordingly, while the standard of patent unreasonableness has been eliminated by the Supreme Court in *Dunsmuir*, the Minister’s decision is entitled to significant deference and will be reviewed on a reasonableness standard.

[12] With respect to the constitutionality of the Act, this is a question of law to be reviewed on a correctness standard.

LEGISLATIVE FRAMEWORK

[13] The legislation relevant to this application is the *International Transfer of Offenders Act*. Under the Act [at section 2], a “Canadian offender”—defined as a Canadian citizen who has been found guilty of an offence and whose conviction and sentence is no longer subject to appeal—may request to have his or her sentence transferred to Canada. Subsection 8(1) provides that the consent of the three parties to the transfer is required before a transfer can occur:

8. (1) The consent of the three parties to a transfer — the offender, the foreign entity and Canada — is required.

[14] Consent by Canada is to be granted or denied by the Minister, who under subsection 6(1) is responsible

manifestement déraisonnable a été éliminée et que les cours de révision doivent maintenant recourir à deux normes seulement, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

[11] Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême écrivait, au paragraphe 62, que la première étape à franchir pour savoir quelle norme de contrôle il convient d’appliquer consiste à vérifier si la jurisprudence a déjà défini la norme devant être appliquée dans un cas donné. Dans la décision *Kozarov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, [2008] 2 R.C.F. 377 (C.F.), M. le juge Harrington devait statuer sur une question du même genre portant sur l’alinéa 10(1)(b) de la Loi. Selon lui, une décision discrétionnaire du ministre, comme celle dont la Cour est ici saisie, appelle « la norme de retenue la plus élevée » et ne devrait être annulée que si elle est jugée manifestement déraisonnable. Par conséquent, même si la norme de la décision manifestement déraisonnable a été éliminée par la Cour suprême dans l’arrêt *Dunsmuir*, la décision du ministre commande une retenue élevée et sera revue d’après la norme de la décision raisonnable.

[12] S’agissant de la constitutionnalité de la Loi, il s’agit là d’une question de droit, qui sera revue d’après la norme de la décision correcte.

LE CADRE LÉGISLATIF

[13] Le texte applicable à cette demande est la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*. Selon cette Loi [à l’article 2], un « délinquant canadien » — c’est-à-dire un citoyen canadien qui a été reconnu coupable d’une infraction et qui ne peut plus interjeter appel de la déclaration de culpabilité et de la peine imposée — peut demander son transfèrement au Canada. Le paragraphe 8(1) dispose que le consentement des trois parties au transfèrement est requis avant que le transfèrement puisse avoir lieu :

8. (1) Le transfèrement nécessite le consentement des trois parties en cause, soit le délinquant, l’entité étrangère et le Canada.

[14] Le consentement du Canada est donné ou refusé par le ministre, qui, en vertu du paragraphe 6(1), est

for the Act's administration. In deciding whether to consent to a transfer, the Minister must consider a number of factors, which are outlined in subsections 10(1) and (2) of the Act:

10. (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:

(a) whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;

(b) whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;

(c) whether the offender has social or family ties in Canada; and

(d) whether the foreign entity or its prison system presents a serious threat to the offender's security or human rights.

(2) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:

(a) whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the *Criminal Code*; and

(b) whether the offender was previously transferred under this Act or the *Transfer of Offenders Act*, chapter T-15 of the Revised Statutes of Canada, 1985.

[15] Also relevant to this application is subsection 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides all Canadian citizens with a right to enter, remain in, and leave Canada:

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

ANALYSIS

Issue No. 1: Does the applicant, as a Canadian citizen, have a constitutional right by virtue of subsection 6(1) of the Charter, to have his prison sentence transferred to Canada upon consent being obtained from the American authorities?

chargé de l'application de la Loi. Pour décider s'il consent ou non au transfèrement, le ministre doit tenir compte de plusieurs facteurs, qui sont énumérés aux paragraphes 10(1) et (2) de la Loi :

10. (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :

a) le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;

b) le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;

c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;

d) l'entité étrangère ou son système carcéral constitue une menace sérieuse pour la sécurité du délinquant ou ses droits de la personne.

(2) Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :

a) à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du *Code criminel*;

b) le délinquant a déjà été transféré en vertu de la présente loi ou de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, chapitre T-15 des Lois révisées du Canada (1985).

[15] Une autre disposition intéresse la présente demande. Il s'agit du paragraphe 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui confère à tout citoyen canadien le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir :

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

ANALYSE

Première question : Le demandeur, en tant que citoyen canadien, a-t-il, en application du paragraphe 6(1) de la Charte, le droit fondamental de faire transférer au Canada sa peine d'emprisonnement une fois obtenu le consentement des autorités américaines?

[16] As noted above, the applicant challenges both the merits of the Minister's decision, as well as the underlying constitutionality of paragraphs 10(1)(a) and (b) of the Act, which state that in determining whether to consent to a transfer, the Minister must consider whether the offender's return would constitute a threat to the security of Canada, and whether the offender left the country with the intention of abandoning Canada as his or her place of residence.

[17] As required by section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], the applicant served notice on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province, of the constitutional question raised in this application.

[18] In regard to the applicant's constitutional challenge, he submits that as a Canadian citizen, he has a constitutional right to enter Canada by virtue of subsection 6(1) of the Charter, and that right is violated by the impugned provisions. Specifically, the applicant submits that as a result of his constitutional right to enter Canada, once his transfer was approved by the American authorities in accordance with the provisions of the Act and the Transfer of Offenders Treaty between Canada and the United States of America [*Treaty between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, March 2, 1977, [1978] Can. T.S. No. 12], then his constitutional right should have been given effect to promptly and he should have been given the opportunity to return to Canada at the next available reasonable time. On this basis, the applicant submits that the Minister's denial of his transfer request violated his right to enter Canada and that, accordingly, the provisions engaged by the Minister in blocking the transfer are unconstitutional and cannot be saved under section 1 of the Charter as reasonable limits on the applicant's section 6 right.

[19] In support, the applicant relies on the decision of this Court in *Van Vlymen v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 1 F.C.R. 617 (F.C.). In that case, Mr. Justice Russell was faced with a similar situation wherein a

[16] Comme je l'ai dit plus haut, le demandeur conteste à la fois le fond de la décision du ministre et la constitutionnalité des alinéas 10(1)a) et b) de la Loi, qui prévoient que, pour décider s'il consent au transfèrement, le ministre doit se demander si le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada et si le délinquant est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente.

[17] Comme le requiert l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], le demandeur a signifié, au procureur général du Canada et au procureur général de chacune des provinces, un avis de la question constitutionnelle soulevée dans cette demande.

[18] S'agissant de la contestation constitutionnelle, le demandeur dit que, en tant que citoyen canadien, il a le droit fondamental d'entrer au Canada, en vertu du paragraphe 6(1) de la Charte, et que ce droit est nié par les dispositions contestées. Plus précisément, il dit que, en conséquence de son droit fondamental d'entrer au Canada, une fois que son transfèrement a été approuvé par les autorités américaines, conformément aux dispositions de la Loi et au Traité sur le transfèrement des délinquants conclu entre le Canada et les États-Unis d'Amérique [*Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, 2 mars 1977, [1978] R.T. Can. n° 12], alors son droit fondamental d'entrer au Canada aurait dû être respecté promptement et il aurait dû avoir la possibilité de revenir au Canada dès que cela était raisonnablement possible. Sur ce fondement, le demandeur dit que, en rejetant sa demande de transfèrement, le ministre a porté atteinte à son droit d'entrer au Canada et que, en conséquence, les dispositions invoquées par le ministre pour faire obstacle à son transfèrement sont inconstitutionnelles et ne sauraient être validées par l'article premier de la Charte en tant que limite raisonnable au droit qui lui est conféré par l'article 6.

[19] Le demandeur invoque sur ce point la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Van Vlymen c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 1 R.C.F. 617 (C.F.). Dans cette affaire, M. le juge Russell devait statuer sur un cas

Canadian offender requested a transfer to Canada under the terms of the now repealed *Transfer of Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. T-15 (the former Act). In considering whether the applicant's section 6 mobility rights were engaged, Justice Russell stated at paragraphs 97 and 100:

As a Canadian citizen, and notwithstanding his conviction in the United States, the applicant retained his constitutional rights under subsection 6(1) of the Charter. Those rights were subject to the practical limitations imposed by the U.S. authorities and the need for their approval before he could return. They were also subject to whatever limitations section 1 of the Charter may allow Parliament to impose by way of "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

...

While he remained incarcerated in the U.S., the applicant's section 6 rights remained unenforceable until such time as the U.S. approved his transfer. But they did not cease to exist and, once a transfer was possible and the applicant decided to exercise them in the limited fashion available to him, they came to the fore and the Minister was required to recognize them in whatever action, or inaction, he engaged in concerning the applicant's transfer. In my opinion, the international regime for the transfer of prisoners back to Canada does not displace mobility rights under the Charter. The regime exists to allow those Charter rights to be exercised, albeit in the limited context of continuing incarceration.

[20] While Justice Russell concluded that the transfer process engaged the applicant's section 6 Charter right to enter Canada, the factual circumstances of the case must also be considered. In *Van Vlymen*, Justice Russell was faced with a situation wherein the Minister (at that time the Solicitor General) failed to make a decision on the applicant's transfer request for roughly 10 years. As Justice Russell stated, at paragraph 80, when addressing the context of the matter before the Court:

The real "matter" that is the focus of this application is not, in my opinion, the March 1, 2000, decision by the respondent approving the applicant's return to Canada to serve out his prison sentence; it is, rather, the roughly 10 years of procrastination, evasiveness, obfuscation and general bad faith by the respondent

semblable où un délinquant canadien avait sollicité son transfèrement au Canada en vertu de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, L.R.C. (1985), ch. T-15, maintenant abrogée (l'ancienne Loi). Cherchant à savoir si la liberté de circulation et d'établissement conférée au demandeur par l'article 6 était en jeu, le juge Russell s'est exprimé ainsi, aux paragraphes 97 et 100 :

Malgré sa condamnation aux États-Unis, le demandeur, en tant que citoyen canadien, conservait les droits constitutionnels garantis par le paragraphe 6(1) de la Charte. Ces droits étaient restreints par les limitations pratiques qu'imposaient les autorités américaines et par la nécessité d'obtenir leur autorisation pour être transféré au Canada. Ils pouvaient aussi être restreints par toutes mesures que l'article premier de la Charte permet au Parlement de prendre « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

[...]

Pendant sa détention aux États-Unis, les droits conférés au demandeur par l'article 6 restaient non exécutoires jusqu'à ce que ce pays approuvât son transfèrement. Mais ils n'ont pas pour autant cessé d'exister; une fois que le transfèrement se fut révélé possible et que le demandeur eut décidé de les exercer dans la mesure limitée qui lui restait permise, ils sont passés au premier plan, et le ministre se trouvait dans l'obligation d'en tenir compte dans toute mesure qu'il prendrait, ou ne prendrait pas, relativement au transfèrement. À mon avis, le régime international réglant le transfèrement des détenus au Canada ne remplace pas les dispositions de la Charte garantissant la liberté de circulation. Ce régime existe afin de permettre l'exercice de ces droits garantis par la Charte, encore que dans le contexte restreint de la détention et du maintien en détention.

[20] Le juge Russell concluait que la procédure de transfèrement faisait entrer en jeu le droit du demandeur d'entrer au Canada, un droit conféré par l'article 6 de la Charte, mais les circonstances factuelles du dossier devaient également être prises en compte. Il devait statuer sur un cas où le ministre (à l'époque le solliciteur général) avait négligé de se prononcer durant environ 10 ans sur la demande de transfèrement faite par Van Vlymen. Comme il l'écrivait au paragraphe 80, à propos des circonstances de l'affaire dont la Cour était saisie :

La véritable « affaire » qui fait l'objet principal de la présente demande de contrôle judiciaire n'est pas, à mon sens, la décision en date du 1^{er} mars 2000 par laquelle le défendeur a accepté que le demandeur rentrât au Canada pour y purger sa peine d'emprisonnement, mais consiste plutôt dans les atermoiements,

that ensured the applicant remained in the U.S. prison system as long as possible, and that postponed the transfer decision in favour of the applicant until formal legal proceedings were commenced against the respondent on February 3, 2000. [Emphasis added.]

[21] Accordingly, while Justice Russell found that the applicant's section 6 mobility rights were engaged by the process, no consideration was given to whether the provisions of the former Act could be seen as reasonable limits, prescribed by law, demonstrably justified in a free and democratic society, and therefore saved under section 1 of the Charter. The fact that Justice Russell's decision is primarily focussed on the lack of consideration by the Minister is readily apparent in his analysis of the applicant's Charter argument, at paragraphs 106-109:

My review of the record leads me to the conclusion that the impugned Regulations were never used to refuse the applicant a transfer back to Canada. What happened, rather, was that the respondent never told the applicant why a decision had not been made and kept him in the dark concerning the objections that had been raised about his transfer.

Hence, it is difficult to characterize the role that the impugned Regulations played in this matter. On the one hand, it might be said that such a long delay was, in effect, a decision to refuse the transfer request....

On the other hand, we could say that the respondent's conduct was, in effect, a refusal to apply the Regulations and make a decision. The respondent made a decision and applied the Regulations in March 2000, at which time the Regulations did not stand in the way of the applicant's transfer.

On the whole, I am inclined to think that the respondent's conduct under review was a refusal to make a decision in accordance with the Regulations and the applicant's Charter rights. Hence, I do not believe that the constitutionality of the Regulations arises on these facts. [Emphasis added.]

les réponses évasives, la dissimulation et, de façon générale, la mauvaise foi que le défendeur a opposés pendant quelque 10 années aux efforts du demandeur de manière qu'il restât emprisonné aux États-Unis le plus longtemps possible, et qui ont eu pour effet de retarder la décision favorable à son transfèrement jusqu'à l'introduction d'une procédure judiciaire en bonne et due forme contre le défendeur le 3 février 2000. [Non souligné dans l'original.]

[21] Le juge Russell a donc estimé que le processus faisait entrer en jeu la liberté de circulation et d'établissement conférée au demandeur par l'article 6, mais il ne s'est pas demandé si les dispositions de l'ancienne Loi pouvaient être considérées comme des restrictions imposées par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et donc pouvaient être validées en vertu de l'article premier de la Charte. La décision du juge Russell se focalise principalement sur l'absence de délibération du ministre, et cela apparaît d'emblée aux paragraphes 106 à 109, dans son analyse de l'argument du demandeur au regard de la Charte :

L'examen du dossier m'amène à conclure que les dispositions réglementaires attaquées n'ont jamais été invoquées pour refuser le transfèrement du demandeur au Canada. Il s'est plutôt passé ceci que le défendeur n'a jamais informé le demandeur de la raison pour laquelle une décision n'avait pas été rendue et l'a laissé dans l'ignorance des objections soulevées contre son transfèrement.

Il est par conséquent difficile de définir le rôle qu'ont joué dans la présente affaire les dispositions réglementaires attaquées. D'un côté, on pourrait dire qu'un si long délai constituait en fait une décision de rejeter la demande de transfèrement [...]

De l'autre côté, on pourrait dire que la conduite du défendeur constituait en fait un refus d'appliquer le Règlement et de rendre une décision. Le défendeur a rendu une décision et appliqué le Règlement en mars 2000, auquel moment celui-ci n'a pas empêché le transfèrement du demandeur.

Tout bien considéré, je suis enclin à penser que la conduite du défendeur faisant l'objet du présent contrôle constituait un refus de rendre une décision dans le cadre du Règlement et des droits garantis au demandeur par la Charte. Par conséquent, je ne pense pas que les faits de la présente espèce soulèvent la question de la constitutionnalité du Règlement. [Non souligné dans l'original.]

[22] In arguing that the applicant's reliance on *Van Vlymen* is misplaced, the respondent relies on the recent decision of this Court in *Kozarov*, above, wherein Justice Harrington addressed the applicability of *Van Vlymen* to a situation similar to the one currently before the Court. As Justice Harrington stated, at paragraph 34 of *Kozarov*:

I do not think that the decision of Mr. Justice Russell in *Van Vlymen*, above, assists Mr. Kozarov. Although he held that Mr. Van Vlymen, as a Canadian citizen, had the constitutional right by virtue of section 6 of the Charter to enter Canada provided he remained incarcerated, subject only to his securing the approval of the U.S. authorities, and such reasonable limits as Parliament might prescribe by law, and can be demonstratively justified in a free and democratic society as per section 1 of the Charter, the facts of that case have to be carefully considered. The Minister was found to have neglected or to have deliberately failed to consider Mr. Van Vlymen's request for transfer for close to ten years. In [addition] to breaching the Charter, it was held that the Minister breached his common-law duty to act fairly in processing Mr. Van Vlymen's application. [Emphasis added.]

[23] Accordingly, the respondent argues that when considering the factual circumstances arising in *Van Vlymen*, above, it is clear that the case is distinguishable on its facts and that the decision in *Kozarov* provides better guidance with respect to the interplay between section 6 of the Charter and the provisions of the Act. I agree.

[24] In *Kozarov*, the applicant's request for a transfer was denied by the Minister under paragraphs 10(1)(b) and (c) of the Act, which relate to whether the offender left Canada with the intention of abandoning the country as his place of permanent residence and whether the offender has social or family ties in Canada. On the basis of the evidence, the Minister concluded that the offender had, in fact, abandoned Canada as his place of permanent residence and did not have sufficient family ties in Canada to justify a transfer. In reviewing the impact of the decision on the applicant's Charter mobility rights, Justice Harrington held, at paragraphs 27-28, that neither paragraphs 10(1)(b) and (c), nor section 8 of the Act, offended the applicant's mobility rights:

[22] Faisant valoir que le demandeur est malvenu à invoquer la décision *Van Vlymen*, le défendeur invoque la décision récente de la Cour, *Kozarov*, précitée, où le juge Harrington se demandait s'il convenait d'appliquer la décision *Van Vlymen* à une affaire semblable à celle dont la Cour est ici saisie. Comme l'écrivait le juge Harrington, au paragraphe 34 de la décision *Kozarov* :

Je ne crois pas que la décision du juge Russell dans l'affaire *Van Vlymen*, précitée, appuie la thèse de M. Kozarov. Les faits relatifs à cette affaire doivent être examinés attentivement même si le juge Russell a conclu que M. Van Vlymen jouissait, en tant que citoyen canadien, du droit d'entrer au Canada consacré à l'article 6 de la Charte à condition de rester en détention, sous les seules réserves de l'approbation par les autorités américaines de son transfèrement au Canada et des restrictions qui pourraient être imposées par une règle de droit adoptée par le Parlement, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte. Le juge Russell a conclu que le ministre avait négligé ou omis délibérément d'examiner la demande de transfèrement de M. Vlymen pendant environ dix ans. Il a aussi conclu que, outre d'avoir violé la Charte, le ministre avait manqué à son obligation en common law d'agir équitablement dans le traitement de la demande de M. Vlymen. [Non souligné dans l'original.]

[23] Le défendeur fait donc valoir que, si l'on considère les circonstances de l'affaire *Van Vlymen*, précitée, il est clair qu'il s'agissait d'un cas d'espèce et que la décision *Kozarov* est davantage à propos en ce qui concerne l'interaction de l'article 6 de la Charte et des dispositions de la Loi. Je partage son avis.

[24] Dans l'affaire *Kozarov*, la demande de transfèrement avait été rejetée par le ministre en vertu des alinéas 10(1)(b) et (c) de la Loi, qui concernent le point de savoir si le délinquant a quitté le Canada avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente, ainsi que le point de savoir si le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada. Eu égard à la preuve, le ministre a conclu que le délinquant avait en réalité cessé de considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente et qu'il n'avait pas au Canada de liens familiaux suffisants pour justifier un transfèrement. Examinant l'incidence de la décision ministérielle sur la liberté de circulation et d'établissement du demandeur selon la Charte, le juge Harrington a estimé, aux para-

Mr. Kozarov's current restrictions on his mobility arise from his own actions, his own criminal activities. A natural and foreseeable consequence of a criminal conviction is that the state in which the offence is committed and in which the offender may be found may incarcerate him. Once Mr. Kozarov serves his sentence, he has the absolute right, as a citizen, to return here. The same holds true if his current sentence were commuted, or if he were pardoned. All citizens, unlike foreigners and permanent residents, have that constitutional mobility right (see *Catenacci v. Canada (Attorney General)* (2006), 144 C.R.R. (2d) 128 (F.C.)).

However the American authorities have put a condition on his transfer. The condition is that he serve his sentence here. Upon his transfer he could not immediately invoke his constitutional right as a citizen to leave Canada. His freedom would properly be restricted in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*. I have come to the conclusion that neither section 8 of the *International Transfer of Offenders Act* which requires the consent of the offender, the foreign entity and Canada nor subsections 10(1)(b) and (c) which call upon the Minister to consider whether Mr. Kozarov has social or family ties here or whether he left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as his place of permanent residence offends his mobility rights under the Charter.

[25] Justice Harrington went on to consider the differences between a transfer under the Act and an extradition to the United States under the terms of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21. In comparing the two processes, Justice Harrington relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, concluding that while matters of extradition clearly affect a citizen's mobility rights, the transfer of a prison sentence does not engage an offender's mobility rights at all. He held at paragraphs 30-32:

Extradition affects a citizen's right to remain in Canada, and so brings section 6 of the Charter into play. The State is active in such cases, not passive as in this. In *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, the constitutional questions were whether the surrender

graphes 27 et 28, que ni les alinéas 10(1)b) et c), ni l'article 8 de la Loi ne portaient atteinte à ladite liberté du demandeur :

Les limites actuelles imposées à la liberté de circulation et d'établissement de M. Kozarov découlent de ses propres actions et activités criminelles. Une conséquence prévisible et naturelle d'une déclaration de culpabilité est que l'État où l'infraction est commise et où le délinquant est arrêté peut incarcérer ce dernier. Une fois qu'il aura purgé sa peine, M. Kozarov aura le droit absolu comme tout autre citoyen de rentrer au pays. Il en serait de même si sa peine actuelle était commuée ou s'il obtenait un pardon. Chaque citoyen, contrairement à l'étranger et au résident permanent, bénéficie d'un droit constitutionnel lui garantissant la liberté de circulation et d'établissement (voir *Catenacci c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 539).

Les autorités américaines ont toutefois prévu une condition au transfèrement de M. Kozarov, c'est-à-dire qu'il purge sa peine au Canada. Après son transfèrement, M. Kozarov ne pourrait pas invoquer immédiatement le droit que garantit la Charte à chaque citoyen de quitter le pays. Sa liberté serait à juste titre restreinte en application de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. J'en arrive donc à la conclusion que ni l'article 8 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* qui exige le consentement du délinquant, de l'entité étrangère et du Canada, ni les alinéas 10(1)b) et c) qui prévoient que le ministre doit examiner si M. Kozarov a des liens sociaux ou familiaux au Canada ou s'il a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente, ne portent atteinte à la liberté de circulation et d'établissement que la Charte garantit au demandeur.

[25] Le juge Harrington a ensuite examiné les différences entre un transfèrement selon la Loi et une extradition vers les États-Unis selon la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, ch. E-21. Comparant les deux procédures, il s'est fondé sur un arrêt de la Cour suprême du Canada, *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, pour conclure que, tandis qu'une extradition modifie clairement la liberté de circulation et d'établissement d'un citoyen, le transfèrement d'un délinquant ne fait nullement intervenir la liberté de circulation et d'établissement du délinquant. Il s'est exprimé ainsi, aux paragraphes 30 à 32 :

L'extradition prive le citoyen de son droit de demeurer au Canada et fait ainsi intervenir l'article 6 de la Charte. L'État joue dans de tels cas un rôle actif et non passif comme en l'espèce. Dans l'arrêt *États-Unis c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, la Cour suprême

of a Canadian citizen to a foreign state constituted an infringement of his right to remain in Canada, and if so, would a surrender in the circumstances of that case constitute a reasonable limit under section 1. The United States requested Mr. Cotroni's extradition on a charge of conspiracy to possess and distribute heroin. However, all his personal actions relating to the alleged conspiracy took place while he was in Canada.

The Court held that Mr. Cotroni's mobility rights were affected, but the relevant provisions of the *Extradition Act* [R.S.C. 1970, c. E-21] were saved by section 1. To my way of thinking, the key to that case is at page 1480 where Mr. Justice La Forest said:

The right to remain in one's country is of such a character that if it is to be interfered with, such interference must be justified as being required to meet a reasonable state purpose.

However, he went on to say at page 1482:

An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence. The impact of extradition on the rights of a citizen to remain in Canada appears to me to be of secondary importance. In fact, so far as Canada and the United States are concerned, a person convicted may, in some cases, be permitted to serve his sentence in Canada; see *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9....

That Act was replaced by the current *International Transfer of Offenders Act*.

In this case, it was Mr. Kozarov who chose to leave Canada and to commit a crime in the United States. He has the absolute mobility right, as a Canadian citizen, to return to Canada once his sentence is served. At the present time, we are not really speaking of mobility rights at all. We are rather speaking of the transfer of supervision of a prison sentence. Had the Minister given his consent, Mr. Kozarov could not on his arrival here have immediately asserted his mobility right to leave the country.

Mobility rights

[26] The mobility rights of the applicant to enter and leave Canada are temporarily restricted by the applicant's U.S. prison sentence. The *International Transfer of*

avait été saisie des questions constitutionnelles de savoir si l'extradition d'un citoyen canadien vers un État étranger constitue une violation de son droit de demeurer au Canada et, dans l'affirmative, si l'extradition dans les circonstances de l'affaire constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier. Les États-Unis avaient demandé l'extradition de M. Cotroni pour qu'il réponde à une accusation de complot en vue de posséder et de faire le trafic de l'héroïne. Cependant, tous les actes de M. Cotroni relatifs au complot allégué avaient été commis lorsqu'il se trouvait au Canada.

La Cour suprême a conclu que la liberté de circulation et d'établissement de M. Cotroni avait été violée, mais que les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'extradition* [S.R.C. 1970, ch. E-21] étaient justifiées au regard de l'article premier. À mon avis, le point essentiel dans cet arrêt se trouve à la page 1480 où M. le juge La Forest a écrit :

Le droit de demeurer dans son pays est tel que, s'il faut lui porter atteinte, cette atteinte doit être justifiée comme étant nécessaire pour réaliser un objectif raisonnable de l'État.

Cependant, il a ajouté à la page 1482 :

Un accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s'il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine. Les répercussions de l'extradition sur les droits d'un citoyen de demeurer au Canada me paraissent avoir une importance secondaire. En fait, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, une personne reconnue coupable peut, dans certains cas, être autorisée à purger sa peine au Canada; voir *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9 [...]

La Loi en question a été remplacée par la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* actuellement en vigueur.

Dans la présente affaire, c'est M. Kozarov qui a choisi de quitter le Canada et de commettre un crime aux États-Unis. En tant que citoyen canadien, il jouit du droit absolu de retourner au Canada une fois qu'il aura purgé sa peine. Pour le moment, il n'est pas du tout question de la liberté de circulation et d'établissement, mais plutôt du transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine. Si le ministre avait donné son consentement, M. Kozarov n'aurait pas pu à son arrivée au Canada se prévaloir immédiatement de sa liberté de circulation pour quitter le pays.

Liberté de circulation et d'établissement

[26] Le droit du demandeur d'entrer au Canada et d'en sortir est temporairement limité par la peine d'emprisonnement qui lui a été imposée aux États-Unis. La *Loi sur*

Offenders Act is to assist rehabilitation and reintegration in appropriate situations, not to allow all Canadians serving sentences outside of Canada an automatic right to return to Canada to serve their sentence. As Justice Harrington held in *Kozarov*, above, at paragraph 32.

At the present time, we are not really speaking of mobility rights at all. We are rather speaking of the transfer of supervision of a prison sentence. Had the Minister given his consent, Mr. Kozarov could not on his arrival here have immediately asserted his mobility right to leave the country.

Accordingly, I agree with Justice Harrington that the Act does not affect the applicant's mobility rights under the Charter.

[27] I agree with Justice Harrington's conclusion that in the context of a transfer under the Act, an applicant's Charter mobility rights under section 6 are not engaged and, if they were, the provisions contained in the Act are a reasonable limitation on those rights given that the applicant has already had his mobility restricted due to his own illegal activity.

[28] The applicant's mobility rights under section 6 of the Charter include entering Canada, remaining in Canada and leaving Canada. Obviously these Charter rights are restricted while the applicant is incarcerated either in the United States or Canada.

[29] Moreover, Canada's consent to the transfer under the Act must respect the international treaty agreements which only allow transfers to provide for the better rehabilitation of the prisoner. Therefore Canada cannot automatically consent to the transfer without considering if it will serve the object of the international agreement for the better rehabilitation of the prisoner.

Issue No. 2: Did the Minister err under section 10 of the Act in refusing to grant the applicant's request that he be able to serve the remainder of his prison sentence in Canada?

le transfèrement international des délinquants vise à faciliter la réadaptation et la réinsertion sociale dans les cas qui le justifient, non à conférer à tous les Canadiens qui purgent des peines d'emprisonnement à l'étranger un droit automatique de revenir au Canada pour y purger leur peine. Ainsi que l'écrivait le juge Harrington, au paragraphe 32 de la décision *Kozarov* :

Pour le moment, il n'est pas du tout question de la liberté de circulation et d'établissement, mais plutôt du transfert de la surveillance de l'exécution d'une peine. Si le ministre avait donné son consentement, M. Kozarov n'aurait pas pu à son arrivée au Canada se prévaloir immédiatement de sa liberté de circulation pour quitter le pays.

Je reconnais donc avec le juge Harrington que la Loi ne modifie pas la liberté de circulation et d'établissement conférée au demandeur par la Charte.

[27] Je souscris à la conclusion du juge Harrington pour qui, s'agissant d'un transfèrement selon la Loi, la liberté de circulation et d'établissement conférée par l'article 6 n'entre pas en jeu et que, si elle entraînait en jeu, alors les dispositions contenues dans la Loi constitueraient une limite raisonnable à cette liberté, puisque ladite liberté du demandeur a déjà été restreinte par l'effet de ses propres actes illégaux.

[28] La liberté de circulation et d'établissement du demandeur selon l'article 6 de la Charte comprend le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. À l'évidence, ces droits sont restreints tant que le demandeur est incarcéré, aux États-Unis ou au Canada.

[29] Par ailleurs, le consentement du Canada à un transfèrement selon la Loi doit respecter l'accord international, qui n'autorise le transfèrement que pour favoriser la réadaptation du détenu. Par conséquent, le Canada ne saurait automatiquement consentir au transfèrement sans d'abord se demander si cela répondra à l'objet de l'accord international, qui est de favoriser la réadaptation du détenu.

Deuxième question : Le ministre a-t-il commis une erreur, aux termes de l'article 10 de la Loi, en refusant d'accorder au demandeur la possibilité de purger au Canada le reste de sa peine d'emprisonnement?

[30] Turning to the merits of the Minister's decision, the issue before the Court is whether that decision was reasonably based on the evidence before the Minister, or whether the decision to deny the applicant's transfer was made without regard to that evidence, thereby making it unreasonable.

[31] As noted at the outset, the Minister rendered two decisions regarding the applicant's request for a transfer; the first on March 20, 2007 and the second, following a further request by the applicant, on October 23, 2007. In considering the two decisions together, the decisive factors leading to the Minister's denial were that:

1. the applicant's return threatens the safety of Canadians and the security of Canada;
2. there is no evidence the applicant's risk has been mitigated through treatment; and
3. the applicant abandoned Canada as his place of permanent residence.

[32] In addition to the applicant's personal statement and accompanying letters of support, the following evidence was before the Minister when he made the above-mentioned decisions:

1. the reports from CSC approved by Ms. Keravel on November 22, 2006 and May 14, 2007, respectively;
2. a memorandum from "Roy & Sharif" classified as "Confidential" and dated January 16, 2007, which provides an overview of the applicant's case and the considerations to be made by the Minister; and
3. a memorandum from "Sharif" (*sic*) classified as "Confidential" and dated March 15, 2007, which outlines the nature of the applicant's offences and advises the Minister that a denial on the basis that the applicant poses a risk to the security of Canada "would be consistent with public statements [the Minister] made on similar issues."

[33] Having reviewed this evidence, as well as the evidence proffered by the applicant and his family, the

[30] S'agissant du fond de la décision du ministre, la question soumise à la Cour est celle de savoir si cette décision était raisonnablement fondée sur la preuve que le ministre avait devant lui, ou si la décision de refuser le transfèrement du demandeur a été prise sans égard à cette preuve, la rendant ainsi déraisonnable.

[31] Comme je l'écrivais au début, le ministre a rendu deux décisions sur la demande de transfèrement, la première le 20 mars 2007 et la deuxième à la suite d'une nouvelle demande du demandeur, le 23 octobre 2007. Si l'on considère ensemble les deux décisions, les facteurs déterminants qui ont conduit au refus du ministre étaient les suivants :

1. le retour du demandeur menace la sécurité du public et la sécurité du Canada;
2. il n'est pas établi que les traitements suivis par le demandeur ont permis d'atténuer le risque qu'il pose;
3. le demandeur ne considère plus le Canada comme le lieu de sa résidence permanente.

[32] Outre la déclaration personnelle du demandeur et les lettres de soutien l'accompagnant, le ministre avait devant lui la preuve suivante lorsqu'il a rendu les décisions susmentionnées :

1. les rapports du SCC entérinés par M^{me} Keravel le 22 novembre 2006 et le 14 mai 2007 respectivement;
2. une note de service de « Roy & Sharif » classée « confidentielle » et datée du 16 janvier 2007, qui donne un aperçu général du cas du demandeur et résume les facteurs devant être pris en compte par le ministre;
3. une note de service de « Sharif » (*sic*) classée « confidentielle » et datée du 15 mars 2007, qui décrit la nature des infractions commises par le demandeur et informe le ministre qu'un refus fondé sur le fait que le demandeur constitue un risque pour la sécurité du Canada [TRADUCTION] « serait conforme aux propos que [le ministre] a tenus publiquement sur des questions semblables ».

[33] Après examen de cette preuve, ainsi que de la preuve produite par le demandeur et par sa famille, la

Court concludes that while the Minister's decision to not consent to the transfer is discretionary in nature and is entitled to the highest level of curial deference, the record clearly establishes that the impugned decisions disregard the evidentiary record before the Minister and, for the following reasons, must be set aside.

[34] In both decisions rendered by the Minister, it was concluded that there was "no evidence" to suggest that the risk posed by the applicant has been mitigated through treatment. The record clearly demonstrates, however, that the applicant underwent a full year of intensive therapy and psychosexual education at his own expense and that he is extremely remorseful for the crimes he committed. If anything, this implies that the applicant was willing to voluntarily undertake intensive treatment because of a desire to be rehabilitated.

[35] Further, the record demonstrates that applicant has accepted his sentence and has "taken accountability" for his actions. This was recognized and noted in the memorandum to the Minister from "Roy & Sharif" dated January 16, 2007, wherein it states: "In the case of Getkate, the offender is relatively young and it appears, excepting his 'not guilty' plea, that he has taken accountability for his crimes."

[36] In light of the foregoing evidence, which demonstrates that the applicant has both undergone treatment and that the treatment has been well received, it is wholly unreasonable for the Minister to have premised his decision on the view that there was "no evidence" demonstrating the applicant's risk had not been mitigated during his time in custody.

[37] Another serious problem with the Minister's decision relates to his conclusion that the applicant's transfer be denied because he "abandoned Canada as his place of permanent residence." This basis, while not present in the Minister's first decision, formed part of the reasons for the Minister's denial in the second decision, dated October 23, 2007. However, upon reviewing the evidence, that evidence points in a wholly opposite direction.

Cour arrive à la conclusion que, bien que la décision du ministre de ne pas consentir au transfèrement soit de nature discrétionnaire et commande le niveau le plus élevé de retenue, le dossier montre clairement que les décisions contestées laissent de côté la preuve que le ministre avait devant lui et, pour les motifs suivants, elles doivent être annulées.

[34] Dans les deux décisions rendues par le ministre, il était écrit que rien ne prouvait que les traitements suivis par le demandeur avaient permis d'atténuer le risque qu'il posait. Le dossier montre clairement toutefois que le demandeur a suivi pendant une année complète une thérapie intensive et une éducation psychosexuelle, à ses propres frais, et qu'il est plein de remords pour les crimes qu'il a commis. Cela suppose à tout le moins que le demandeur était disposé à se soumettre de sa propre initiative à des traitements intensifs en raison d'une réelle volonté de réadaptation.

[35] Par ailleurs, le dossier montre que le demandeur a accepté sa peine et a « admis la responsabilité de ses actes ». Ce fait était reconnu et mentionné dans la note de service du 16 janvier 2007 adressée au ministre par « Roy & Sharif », où l'on peut lire ce qui suit : [TRADUCTION] « S'agissant de Getkate, ce délinquant est relativement jeune et il semble, hormis son plaidoyer de non-culpabilité, qu'il a admis la responsabilité de ses actes ».

[36] Eu égard à la preuve susmentionnée, qui montre que le demandeur s'est soumis à des traitements et que les traitements ont été bien reçus, il est tout à fait déraisonnable de la part du ministre d'avoir fondé sa décision sur l'idée selon laquelle rien ne permettait d'affirmer que le risque posé par le demandeur s'était atténué à la faveur de sa période de détention.

[37] Une autre difficulté sérieuse que pose la décision du ministre concerne sa conclusion selon laquelle le transfèrement du demandeur doit être refusé parce qu'il [TRADUCTION] « ne [considérerait] plus le Canada comme le lieu de sa résidence permanente ». Ce motif, qui n'apparaissait pas dans la première décision du ministre, comptait parmi les motifs du refus opposé par le ministre dans sa deuxième décision datée du 23 octobre 2007. Cependant, après examen du dossier, cette preuve pointe dans une direction tout à fait opposée.

[38] First, the CSC reports which recommended the Minister consent to the applicant's transfer, clearly state that the applicant continues to have strong social and family ties in Canada and that he never abandoned the country as his place of permanent residence:

Mr. Getkate did not leave or remain outside Canada with the intention of abandoning Canada as his place of residence. Community assessments completed with his grandparents, aunts, uncles and family friends between April and May 2005 and again on August 6, 2006, confirm that he still has strong social and family ties to Canada. His grandparents will offer him emotional and financial support as well as accommodation upon his release. All others are prepared to offer varying levels of support for the purpose of a transfer.

[39] Second, there is also no suggestion of abandonment in the memorandum from "Roy & Sharif" dated January 16, 2007. In fact, the memorandum, which was presumably produced by members of the Minister's staff, notes in its overview that the applicant has a number of friends and family members in Canada willing to offer their support should the transfer be approved. As well, in addressing the factors for consideration under section 10 of the Act, the memorandum states that outside paragraph 10(1)(a), which relates to the security of Canada, there are no other grounds contained in the section that would result in a denial of the applicant's transfer:

In considering this case, you are guided by the International Transfer of Offenders Act, the relevant portion of which is attached for your convenience. With the possible exception of section 10(1)(a), it does not appear that your consideration of the criteria in section 10 would result in a denial of this transfer.

On this basis, it is difficult to see what "evidence" the Minister is referring to.

[40] Furthermore, a simple consideration of the factual circumstances demonstrates that the applicant never abandoned or intended to abandon Canada as his place of permanent residence. As noted at the outset, the applicant first left Canada in 1996 when he moved with his mother

[38] D'abord, les rapports du SCC qui recommandaient au ministre de consentir au transfèrement du demandeur mentionnent clairement que le demandeur a encore des liens sociaux et familiaux étroits au Canada et qu'il n'a jamais eu l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente :

[TRADUCTION] M. Getkate n'a pas quitté le Canada ni n'est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence. Les évaluations communautaires menées auprès de ses grands-parents, de ses tantes, de ses oncles et des amis de la famille entre avril et mai 2005, puis à nouveau le 6 août 2006, confirment que les liens sociaux et familiaux qu'il a au Canada sont encore solides. Lorsqu'il sera libéré, ses grands-parents lui offriront un soutien affectif et financier ainsi que l'hébergement. Tous les autres sont disposés à lui apporter divers degrés de soutien aux fins d'un transfèrement.

[39] Deuxièmement, on ne trouve non plus, dans la note de service de « Roy & Sharif » datée du 16 janvier 2007, aucun indice d'une intention du demandeur de ne plus vivre au Canada. En fait, la note de service, qui fut probablement rédigée par des membres du personnel du ministre, indique, dans son aperçu général, que le demandeur compte au Canada plusieurs amis et proches qui sont disposés à lui apporter leur soutien pour le cas où son transfèrement serait approuvé. En outre, s'agissant des facteurs à prendre en compte en vertu de l'article 10 de la Loi, la note de service précise que, hormis l'alinéa 10(1)a), qui concerne la sécurité du Canada, l'article 10 ne renferme aucun autre motif susceptible de justifier le refus du transfèrement du demandeur :

[TRADUCTION] Dans l'examen de ce dossier, vous vous en remettez à la Loi sur le transfèrement international des délinquants, dont la partie pertinente est annexée pour votre commodité. Sauf l'exception possible de l'alinéa 10(1)a), il ne semble pas que, après examen des critères énoncés dans l'article 10, un refus de transfèrement serait justifié.

Sur ce fondement, il est difficile de voir à quelle « preuve » se réfère le ministre.

[40] Par ailleurs, un simple examen des faits montre que le demandeur n'a jamais cessé, ni eu l'intention de cesser, de considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente. Comme je l'écrivais au début, il a quitté le Canada la première fois en 1996 lorsqu'il est

to Georgia. During this time the applicant was a minor and cannot be said to have voluntarily left Canada. Upon gaining the age of majority, the applicant returned to Canada in 2000, albeit for only a protracted period of time. When he returned to the United States in February 2001, it was for the intended purpose of furthering his education at Clayton State College and University, where he attended on a “full HOPE scholarship.” Given such clear and unambiguous evidence to the contrary, the Minister’s conclusion that the applicant abandoned Canada as his place of permanent residence is unreasonable on its face and must be set aside.

[41] Finally, the Court also finds that there is no evidence on the record demonstrating that the applicant constitutes a potential threat to the safety of Canadians or the security of Canada. While the Minister attempts to invoke the section as a means of demonstrating that the applicant poses a general threat to Canadians should he be returned to Canada, use of the phrase “threat to the security of Canada” has traditionally been limited in other legislation to threats of general terrorism and warfare against Canada or threats to the security of Canadians *en masse*. In the case at bar, while the applicant may pose a general threat to specific pockets of Canadian society should he re-offend, he clearly poses no “threat to the security of Canada” as the term has been interpreted in other legislation, such as the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 or the *Canadian Security Intelligence Services Act*, R.S.C., 1985, c. C-23. If the threat to Canada was the mere risk that the offender would re-offend, then such a consideration could be applied to every inmate seeking a transfer.

[42] While the Court recognizes the gravity of the applicant’s crimes and the harm that they have caused, the issue here is whether approval of the applicant’s transfer request would facilitate and enhance his eventual rehabilitation and reintegration into Canadian society. As demonstrated by the evidence, such a transfer would be in accordance with the purpose and provisions of the Act and the decision of the Minister unreasonably disregarded this evidence.

allé vivre avec sa mère en Géorgie. Durant cette période, le demandeur était mineur et l’on ne saurait donc dire qu’il a volontairement quitté le Canada. Une fois majeur, le demandeur est retourné au Canada en 2000, quoique pour une période prolongée seulement. Lorsqu’il est revenu aux États-Unis en février 2001, c’était dans l’intention de poursuivre ses études au Clayton State College and University, une institution qu’il fréquentait grâce à une [TRADUCTION] « bourse HOPE complète ». Au vu d’une preuve contraire aussi claire et indiscutable, la conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne considérait plus le Canada comme le lieu de sa résidence permanente est déraisonnable à première vue et doit être annulée.

[41] Finalement, la Cour croit aussi qu’il n’apparaît nulle part dans le dossier que le demandeur constitue une menace pour la sécurité du public ou la sécurité du Canada. Le ministre tente d’invoquer la disposition pour montrer que le demandeur constituerait une menace générale pour la population s’il devait revenir au Canada, mais l’emploi de l’expression « menace pour la sécurité du Canada » a toujours été limité, dans les autres lois, aux menaces de terrorisme et de guerre en général contre le Canada ou aux menaces pour la sécurité de la population tout entière. En l’espèce, le demandeur constitue peut-être une menace générale pour certains segments de la société canadienne pour le cas où il récidiverait, mais il ne constitue manifestement aucune « menace pour la sécurité du Canada » selon le sens donné à cette expression telle qu’elle figure dans d’autres textes, par exemple la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 ou la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23. Si la menace pour la sécurité du Canada était simplement le risque de voir le délinquant récidiver, alors un tel facteur pourrait s’appliquer à tout détenu qui sollicite un transfèrement.

[42] La Cour reconnaît la gravité des actes commis par le demandeur et le tort qu’ils ont entraîné, mais la question ici est de savoir si le fait d’accéder à la demande de transfèrement faite par le demandeur faciliterait et renforcerait sa réadaptation et sa réinsertion dans la société canadienne. Comme le montre la preuve, un tel transfèrement serait conforme à l’objet et aux dispositions de la Loi, et la décision du ministre a sans raison laissé de côté cette preuve.

[43] The Supreme Court stated in *Dunsmuir*, at paragraph 47:

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[44] In the case at bar, the reasons articulated by the Minister are contrary to the evidence and to the assessment and recommendations by his own Department. The Court must conclude that the decision cannot be justified or made intelligible within the decision-making process.

[45] Accordingly, for the reasons provided, the application for judicial review will be granted, the decision of the Minister set aside, and the matter referred back to the Minister for redetermination in accordance with these reasons.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed with costs; and
2. The two decisions of the Minister are set aside and the matter is referred back to the Minister for redetermination as soon as reasonably practicable.

[43] La Cour suprême écrivait ce qui suit, au paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir* :

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[44] En l'espèce, les motifs invoqués par le ministre vont à l'encontre de la preuve ainsi que de l'évaluation et des recommandations de son propre ministère. La Cour doit conclure que la décision ne peut être justifiée ni rendue intelligible à l'intérieur du processus décisionnel.

[45] Par conséquent, pour les motifs susmentionnés, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie, la décision du ministre sera annulée et l'affaire sera renvoyée au ministre pour nouvelle décision conforme aux présents motifs.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens;
2. Les deux décisions du ministre sont annulées et l'affaire est renvoyée au ministre pour nouvelle décision dès que les circonstances le permettront.

T-243-07
2008 FC 871

T-243-07
2008 CF 871

FMC Technologies Company (Applicant)

v.

Minister of National Revenue For Her Majesty the Queen (Respondent)

INDEXED AS: FMC TECHNOLOGIES Co. v. M.N.R. (F.C.)

Federal Court, Barnes J.—Ottawa, April 29; Vancouver, July 15, 2008.

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of Minister of National Revenue’s refusal of request for refund of overpayment of taxes allegedly paid on company’s account for 1999-2002 taxation years—Applicant wholly owned subsidiary of non-resident Swiss company, FMC International, A.G. (FMCI)—Applicant, others entering into Terra Nova Development Project Alliance Agreement with oil fields owners, including Petro Canada—In accordance with Agreement, FMCI subcontracting to applicant in-Canada responsibility for services, installations, procurement, assigning revenues generated on work performed by applicant in relation to Terra Nova Project—In accordance with Income Tax Regulations, s. 105, Petro-Canada required to pay 15% of amount invoiced by applicant because paid to non-resident FMCI, not applicant—Applicant indemnifying Petro-Canada for taxes withheld—Federal Courts Act, s. 18.5 exempting from judicial review decisions expressly subject to appeal to Tax Court of Canada—Federal Court must be cautious in assuming jurisdiction in tax matters so as not to encroach on Tax Court of Canada’s jurisdiction—Applicant trying to indirectly challenge withholding tax assessment levied against Petro-Canada—Federal Court not having jurisdiction to review tax assessments—Tax Court having exclusive jurisdiction over such reviews—Application allowed.

Income Tax—Non-Residents—Judicial review of Minister of National Revenue’s refusal of request for refund of overpayment of taxes allegedly paid on company’s account for 1999-2002 taxation years—Non-resident parent company legal payee of payments under contract to develop oil fields—Not changed by FMCI’s subcontract between parent, applicant or assignment

FMC Technologies Company (demanderesse)

c.

Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre du Revenu national (défenderesse)

RÉPERTORIÉ : FMC TECHNOLOGIES Co. c. M.R.N. (C.F.)

Cour fédérale, juge Barnes—Ottawa, 29 avril; Vancouver, 15 juillet 2008.

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national portant rejet de la demande de remboursement d’un montant censément payé en trop au titre des années d’imposition 1999 à 2002—La demanderesse est une filiale en propriété exclusive d’une société suisse non-résidente, soit FMC International, A.G. (FMCI)—La demanderesse et des tiers ont conclu avec les propriétaires du champ pétrolifère, dont Petro-Canada, un accord d’exploitation du champ pétrolifère Terra Nova—Conformément à l’accord, FMCI a donné en sous-traitance à la demanderesse la responsabilité d’assurer la fourniture de services, d’installations et de matières sur le territoire terrestre du Canada et lui a cédé les revenus générés par les travaux qu’elle a effectués relativement au projet Terra Nova—Conformément à l’art. 105 du Règlement de l’impôt sur le revenu, Petro-Canada est tenue de verser 15 % du montant facturé par la demanderesse parce que le montant a été versé à FMCI, une non-résidente, et non à la demanderesse—Cette dernière a indemnisé Petro-Canada pour la retenue d’impôt—L’art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales soustrait du contrôle judiciaire les décisions dont il peut être expressément interjeté appel à la Cour canadienne de l’impôt—La Cour fédérale doit faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit de se déclarer compétente en matière fiscale, de manière à ne pas empiéter sur le ressort de la Cour canadienne de l’impôt—La demanderesse essayait de contester d’une manière indirecte la cotisation d’impôt à retenir établie à l’égard de Petro-Canada—La Cour fédérale n’a pas compétence pour examiner les cotisations fiscales—L’examen de ces cotisations est du ressort exclusif de la Cour canadienne de l’impôt—Demande accueillie.

Impôt sur le revenu—Non-résidents—Contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national portant rejet de la demande de remboursement d’un montant censément payé en trop au titre des années d’imposition 1999 à 2002—La société mère non-résidente était le bénéficiaire en droit des paiements en question en vertu du contrat d’exploitation des champs

of revenues to applicant—Payments subject to 15% withholding tax under Income Tax Regulations, s. 105.

This was an application for judicial review of the Minister of National Revenue's refusal of the applicant's request for the refund of an overpayment of taxes allegedly paid on the company's account for the 1999-2002 taxation years. The applicant is a Nova Scotia company, which is a wholly owned subsidiary of a non-resident Swiss company, FMC International, A.G. (FMCI). The applicant's proposal for the development of the petroleum resources in the Terra Nova oil field owned by Petro-Canada and others was accepted. The applicant entered into the Terra Nova Development Project Alliance Agreement with the owners and assigned all of its interests, rights and obligations under the Agreement to FMCI. In turn, FMCI ceded to the applicant Canadian in-country responsibility for services, installations and materials procurement. Under a subcontract with FMCI, the applicant agreed to invoice Petro-Canada directly for the services provided regarding the Terra Nova project. In accordance with the Agreement and with Petro-Canada's consent, FMCI assigned to the applicant a portion of the contractual payments due to FMCI relating to the actual in-Canada portion of the work performed by the applicant. Between 1999 to 2002, the applicant invoiced Petro-Canada a total of \$18 806 997.15. Included in a Canada Revenue Agency assessment for Petro-Canada's 1999-2002 taxation years was an amount payable which represented 15% of the amount invoiced by the applicant. According to the Minister, these amounts had been paid to FMCI, a non-resident and were thus subject to a 15% withholding tax in accordance with section 105 of the *Income Tax Regulations*. Petro-Canada paid the amount assessed and FOCC later indemnified Petro-Canada. Meanwhile, the amounts paid by Petro-Canada to the applicant had been included in the applicant's 1999-2002 income and the tax thereon had been paid. In its request for a refund, the applicant argued that the amount of withholding tax paid by Petro-Canada should have been credited to the applicant's tax account, not FMCI's, and that this failure resulted in the applicant's paying tax twice on the same earned income.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction to entertain the application and whether the applicant was entitled to a refund as an overpayment of tax for its 1999-2002 taxation years.

Held, the application should be dismissed.

pétrolières—Le contrat de sous-traitance de FMCI entre la société mère et la demanderesse et la cession des revenus à la demanderesse ne changeaient rien à ce fait—Les paiements étaient assujettis à une retenue d'impôt de 15 % en vertu de l'art. 105 du Règlement de l'impôt sur le revenu.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national portant rejet de la demande de remboursement d'un montant que la demanderesse aurait payé en trop au titre des années d'imposition 1999 à 2002. La demanderesse est une société néo-écossaise qui est une filiale en propriété exclusive d'une société suisse non-résidente, soit FMC International, A.G. (FMCI). L'offre présentée par la demanderesse pour l'exploitation du champ pétrolier Terra Nova appartenant à Petro-Canada et à d'autres parties a été acceptée. La demanderesse a conclu avec les propriétaires un accord d'exploitation du champ pétrolier Terra Nova et a cédé à FMCI la totalité de ses droits et obligations au titre de l'accord. FMCI, elle, a cédé à la demanderesse la responsabilité d'assurer la fourniture de services, d'installations et de matières sur le territoire terrestre du Canada. Selon un contrat de sous-traitance avec FMCI, la demanderesse a convenu de facturer directement à Petro-Canada les services terrestres fournis dans le cadre du projet Terra Nova. Conformément à l'accord et avec le consentement de Petro-Canada, FMCI a cédé à la demanderesse une partie des paiements contractuels qui revenaient à FMCI relativement à la partie terrestre des travaux effectués par la demanderesse. Entre 1999 et 2002, la demanderesse a facturé à Petro-Canada un total de 18 806 997,15 \$. La cotisation de l'Agence du revenu du Canada pour les années d'imposition 1999 à 2002 prévoyait l'obligation de payer une somme qui représentait 15 % du montant facturé par la demanderesse. Selon le ministre, ces montants avaient été payés à FMCI, une non-résidente, et étaient donc assujettis à une retenue d'impôt de 15 % conformément à l'article 105 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Petro-Canada a payé le montant de la cotisation et FOCC a par la suite indemnisé Petro-Canada. Entre-temps, la demanderesse avait inclus les sommes que lui avait payées Petro-Canada dans son revenu pour les années d'imposition 1999 à 2002 et elle avait payé l'impôt sur ces sommes. Dans sa demande de remboursement, la demanderesse fait valoir que la somme payée par Petro-Canada au titre de l'impôt à retenir aurait dû être créditée à son propre compte fiscal plutôt qu'à celui de FMCI et que ce manquement a fait en sorte que la demanderesse a payé des impôts deux fois sur le même revenu gagné.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la Cour fédérale avait compétence sur cette demande et si la demanderesse avait droit à un remboursement au titre de l'impôt qu'elle aurait payé en trop pour les années d'imposition 1999 à 2002.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Section 18.5 of the *Federal Courts Act* provides that if an Act of Parliament provides for an appeal to the Tax Court of Canada from a decision, that decision is not subject to review to the extent that it may be so appealed. Furthermore, the Supreme Court of Canada has recently held that the Federal Court must be cautious in assuming jurisdiction in tax matters so as not to encroach on the jurisdiction of the Tax Court of Canada. Although the application was styled as a judicial review of the Minister's refusal for a refund, the applicant was essentially trying to indirectly challenge the withholding tax assessment levied against Petro-Canada. The Federal Court does not have jurisdiction to review tax assessments since such reviews are within the exclusive purview of the Tax Court of Canada.

Because the applicant never challenged the tax assessments for 1999-2002 levied against it, the assessments were final and conclusive as to the amount of tax payable by it as well as the nil computation of the refund owing. The Minister was correct in finding that FMCI, not the applicant, was the legal payee of the payments at issue made by Petro-Canada. The owners' contractual obligations regarding the work to be done in relation to the Terra Nova project, both within and outside Canada, were with FMCI, not with the applicant. This fact was not changed by the subcontract between FMCI and the applicant or the assignment thereto of a portion of the contractual payments due to FMCI (representing the value of the in-Canada portion of the work provided by the applicant). The Terra Nova Agreement specifically prohibited FMCI from assigning any of its rights, interests or obligations to a third party such as the applicant. The assignment of revenues to the applicant by FMCI did not create any contractual rights or obligations as between the applicant and Petro-Canada.

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), 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1, ss. 152(8), 153(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 151; 2007, c. 35, s. 49), 164(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 156; 2005, c. 19, s. 37), (1.1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 97).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 105 (as am. by SOR/94-686, s. 49(F)).

L'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* précise que lorsqu'une loi fédérale prévoit qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour canadienne de l'impôt, d'une décision, cette décision ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet d'un contrôle. En outre, la Cour suprême du Canada a fait comprendre récemment que la Cour fédérale doit faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de se déclarer compétente en matière fiscale, de manière à ne pas empiéter sur le ressort de la Cour canadienne de l'impôt. Même si la demande se donne comme objet le contrôle judiciaire du refus du ministre de rembourser la demanderesse, celle-ci essayait fondamentalement de contester d'une manière indirecte la cotisation d'impôt à retenir établie à l'égard de Petro-Canada. La Cour fédérale n'a pas compétence pour examiner les cotisations fiscales, l'examen de ces cotisations étant du ressort exclusif de la Cour canadienne de l'impôt.

Parce que la demanderesse n'a pas contesté les cotisations fiscales établies à son propre égard pour les années d'imposition 1999 à 2002, ces cotisations étaient donc définitives pour ce qui concernait aussi bien le montant d'impôts dont elle était redevable que le calcul établissant à zéro le remboursement dû. Le ministre a eu raison de conclure que FMCI, pas la demanderesse, était le bénéficiaire en droit des paiements en question faits par Petro-Canada. Les obligations contractuelles des propriétaires touchant les travaux à effectuer dans le cadre du projet Terra Nova, aussi bien sur le territoire terrestre du Canada qu'à l'extérieur de ce territoire, les liaient envers FMCI et non la demanderesse. Le contrat de sous-traitance entre FMCI et la demanderesse et la cession à cette dernière d'une partie des paiements contractuels qui revenaient à FMCI (au titre de la valeur des travaux effectués par la demanderesse sur le territoire terrestre) ne changeaient rien à ce fait. L'accord Terra Nova interdisait explicitement à FMCI de céder quelque partie que ce soit de ses droits ou obligations à un tiers telle la demanderesse. La cession des revenus opérée par FMCI en faveur de la demanderesse n'a pas créé d'obligations ni de droits contractuels entre cette dernière et Petro-Canada.

LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1, art. 152(8), 153(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 151; 2007, ch. 35, art. 49), 164(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 156; 2005, ch. 19, art. 37), (1.1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 97).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28)

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 105 (mod. par DORS/94-686, art. 49(F)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Addison & Leyen Ltd., [2007] 2 S.C.R. 793; (2007), 284 D.L.R. (4th) 385; 65 Admin. L.R. (4th) 1; 2007 SCC 33.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9; *Gaucher v. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 125; 2000 DTC 6678; 264 N.R. 369 (F.C.A.); *Sentinel Hill No. 29 Limited Partnership v. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 30; [2008] 3 C.T.C. 425; 233 O.A.C. 302; 2008 ONCA 132.

APPLICATION for judicial review of the Minister of National Revenue's refusal of the applicant's request for a refund of an overpayment of \$2 821 050.33 for taxes allegedly paid on the company's account for the 1999-2002 taxation years. Application dismissed.

APPEARANCES

Roger E. Taylor and Al-Nawaz Nanji for applicant.

Josée Tremblay for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Couzin Taylor LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MACTAVISH J.: FMC Technologies Company seeks judicial review of a decision of the Minister of National Revenue refusing the company's request for the refund of an overpayment of \$2 821 050.33 for taxes allegedly paid on the company's account for the 1999-2002 taxation years.

[2] For the reasons that follow, I am of the view that this matter is beyond the jurisdiction of this Court. Moreover, in the event that this Court does in fact have

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada c. Addison & Leyen Ltd., [2007] 2 R.C.S. 793; 2007 DTC 5368; 2007 CSC 33.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Gaucher c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1869 (C.A.) (QL); *Sentinel Hill No. 29 Limited Partnership v. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 30; [2008] 3 C.T.C. 425; 233 O.A.C. 302; 2008 ONCA 132.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national portant rejet de la demande de remboursement d'une somme de 2 821 050,33 \$ que la demanderesse aurait payé en trop au titre des années d'imposition 1999 à 2002. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Roger E. Taylor et Al-Nawaz Nanji pour la demanderesse.

Josée Tremblay pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Couzin Taylor LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : FMC Technologies Company demande le contrôle judiciaire d'une décision du ministre du Revenu national portant rejet de sa demande de remboursement d'un montant de 2 821 050,33 \$ qu'elle aurait payé en trop au titre des années d'imposition 1999 à 2002.

[2] Pour les motifs dont l'exposé suit, je suis d'avis que la présente affaire échappe à la compétence de notre Cour. Je précise en outre, pour le cas où notre Cour aurait

jurisdiction to deal with this application, the applicant has not persuaded me that the Minister has committed a reviewable error in rejecting the company's request for a refund. As a consequence, the application for judicial review will be dismissed.

The Applicant and its Related Companies

[3] FMC Technologies Company is a Nova Scotia company, which was previously known as FMC Offshore Canada Company. On January 1, 2007, FMC Technologies Company was amalgamated with FMC Technologies Company Canada, and continued under the name FMC Technologies Company. For ease of reference, the applicant, in its various incarnations, will be referred to throughout these reasons as "FOCC".

[4] Throughout the 1999-2002 tax years, FOCC was a wholly owned subsidiary of a non-resident Swiss company by the name of FMC International, A.G. (FMCI). A second wholly owned subsidiary of FMCI is also involved in the events giving rise to this proceeding, namely FMC Offshore Canada Inc. (FOCI).

Background

[5] In 1996, a consortium of companies (collectively referred to as the "owners"), sought proposals for the development of the petroleum resources in the Terra Nova oil field, located on the Grand Banks of Newfoundland. One of the owners was Petro-Canada.

[6] Together with a number of other joint venturers, FOCC and FOCI submitted a proposal to the owners for the performance of certain work with respect to the Terra Nova project, which proposal was accepted.

[7] As of January 6, 1997, FOCC and FOCI, along with the other members of the joint venture, entered into the Terra Nova Development Project Alliance Agreement with the owners (the Terra Nova Agreement), which established the rights and obligations of the parties to the agreement. Petro-Canada was designated as the operator of the project, and was to act as agent for the other owners in relation to the project.

effectivement compétence sur la présente demande, que la demanderesse ne m'a pas convaincue que le ministre ait commis une erreur donnant lieu à révision en rejetant sa demande de remboursement. En conséquence, la présente demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

La demanderesse et ses sociétés affiliées

[3] FMC Technologies Company est une société néo-écossaise qui était auparavant dénommée FMC Offshore Canada Company. Le 1^{er} janvier 2007, FMC Technologies Company a fusionné avec FMC Technologies Company Canada tout en gardant sa dénomination. Pour la commodité du lecteur, la demanderesse, dans ses diverses incarnations, sera désignée « FOCC » tout au long du présent exposé.

[4] Pendant les années d'imposition 1999 à 2002, FOCC était une filiale en propriété exclusive d'une société suisse non résidente dénommée FMC International, A.G. (FMCI). Une autre filiale en propriété exclusive de FMCI est aussi concernée par les événements qui ont donné lieu à la présente instance, à savoir FMC Offshore Canada Inc. (FOCI).

Le contexte

[5] En 1996, un consortium dont les membres sont ci-après désignés collectivement « les propriétaires » a lancé un appel d'offres pour l'exploitation du champ pétrolifère Terra Nova, situé dans les Grands Bancs, au large de Terre-Neuve. L'un des membres de ce consortium était Petro-Canada.

[6] FOCC et FOCI, avec un certain nombre d'autres coentrepreneurs, ont fait aux propriétaires une offre en vue de la réalisation de certains travaux dans le cadre du projet Terra Nova, offre qui a été acceptée.

[7] Le 6 janvier 1997, FOCC et FOCI, ainsi que les autres membres de la coentreprise soumissionnaire, ont conclu avec les propriétaires un accord d'exploitation du champ pétrolifère Terra Nova (l'accord Terra Nova), qui établissait les droits et les obligations des parties contractantes. Petro-Canada y était désignée comme l'exploitante du projet et la mandataire des autres propriétaires dans le cadre de celui-ci.

[8] Effective February 6, 1997, FOCI assigned all of its rights and obligations under the Terra Nova Agreement to FOCC. Such an assignment was provided for under the terms of the Agreement.

[9] Pursuant to the terms of the Terra Nova Agreement, FOCC was obliged to provide project management with respect to certain aspects of the Terra Nova project.

[10] Section 14.2 of the Terra Nova Agreement permitted FOCC to assign all, but not less than all, of its interests, rights and obligations under the Terra Nova Agreement to a third party. In accordance with this provision, effective January 6, 1997, FOCC assigned all of its obligations under the Terra Nova Agreement to FMCI. The assignment documentation included notice of the assignment, together with Petro-Canada's consent to the assignment.

[11] Article 4 of the assignment document provides that "FMCI cedes to FOCC Canadian in-country responsibility for services, installations and materials procurement as more fully defined in the Management Services Agreement".

[12] Contract deliverables to be supplied by FMCI under the Terra Nova Agreement included a service component, part of which was to be performed in Canada, and the balance of which was to be performed offshore.

[13] Because FOCC had the capacity to perform the in-Canada services, whereas FMCI only had the capacity to perform the offshore services, effective February 6, 1997, FMCI and FOCC entered into a subcontract arrangement, whereby FOCC agreed to provide the contract deliverables with respect to the in-Canada services.

[14] Under the terms of the subcontract, FOCC was to invoice Petro-Canada directly for the in-Canada services provided with respect to the Terra Nova project. The subcontract further provided that the amount of these invoices was to be calculated in accordance with a fixed formula, which included the prorata share of the total fixed profit allocated to FMCI in relation to the in-Canada services under the provisions of the Terra Nova Agreement.

[8] À compter du 6 février 1997, FOCI a cédé à FOCC la totalité de ses droits et obligations au titre de l'accord Terra Nova, lequel prévoyait cette cession.

[9] Selon les conditions de l'accord Terra Nova, FOCC était tenue de fournir des services de gestion de projet relativement à certains aspects du projet Terra Nova.

[10] Le paragraphe 14.2 de l'accord Terra Nova permettait à FOCC de céder à un tiers ses intérêts, droits et obligations y afférents, mais en totalité seulement et non en partie. Conformément à cette stipulation, FOCC a cédé à FMCI, à compter du 6 janvier 1997, la totalité de ses obligations afférentes à l'accord Terra Nova. Le document de cession comprenait l'avis de cession et le consentement de Petro-Canada à celle-ci.

[11] L'article 4 du document de cession porte que [TRADUCTION] « FMCI cède à FOCC la responsabilité d'assurer la fourniture de services, d'installations et de matières sur le territoire terrestre du Canada, selon les modalités détaillées de l'accord sur les services de gestion ».

[12] Les livrables qu'il incombait à FMCI de fournir dans le cadre de l'accord Terra Nova comprenaient des services, dont une partie devait être fournie sur le territoire terrestre du Canada, et le reste en mer.

[13] Comme FOCC disposait du potentiel nécessaire pour fournir les services terrestres, tandis que FMCI n'avait que la capacité de fournir les services en mer, ces deux entreprises ont passé un contrat de sous-traitance, qui devait entrer en vigueur le 6 février 1997, par lequel FOCC s'engageait à assurer les services terrestres prévus par l'accord Terra Nova.

[14] Selon ce contrat de sous-traitance, FOCC devait facturer directement à Petro-Canada les services terrestres fournis dans le cadre du projet Terra Nova. Le contrat de sous-traitance prévoyait en outre que le montant de ces factures serait calculé conformément à une formule fixe qui incluait la part proportionnelle de FOCC dans le total des bénéfices fixes attribués à FMCI relativement aux services terrestres prévus par l'accord Terra Nova.

[15] As had been the case with FOCC, FMCI was not entitled to assign part of its interests, rights or obligations under the Terra Nova Agreement to a third party. It was, however, entitled to assign monies due to it under the Terra Nova Agreement, subject to receiving the consent of Petro-Canada.

[16] Effective January 1, 1999, and with the consent of Petro-Canada, FMCI assigned a portion of the contractual payments due to FMCI under the Terra Nova Agreement to FOCC. These payments related to the actual in-Canada portion of the work performed by FOCC pursuant to the subcontract between FMCI and FOCC. At the same time, FMCI relinquished any claim that it might have against Petro-Canada for the payment of these separately invoiced amounts, subject only to the provision that the payments were actually made to FOCC.

[17] FOCC then provided in-Canada services in relation to the Terra Nova project in accordance with the terms of its subcontract with FMCI, invoicing Petro-Canada the sum of \$886 341.84 in 1999, \$3 790 752.60 for 2000, \$8 795 023.10 for 2001 and \$5 334 879.61 for 2002. The total amount invoiced by FOCC over the years in issue thus came to \$18 806 997.15.

[18] On February 12, 2004, the Canada Revenue Agency issued assessments to Petro-Canada in its capacity as operator of the Terra Nova project for the 1999-2002 taxation years. Included in these assessments was an amount payable totaling \$2 821 050.33, or 15% of \$18 806 997.15.

[19] According to the Minister, these amounts had, in law, been paid to FMCI rather than FOCC for the in-Canada services provided under the Terra Nova Agreement. Given that FMCI was not resident in Canada, the Minister was of the view that Petro-Canada should have withheld 15% of the payments made with respect to this work, in accordance with section 105 [as am. by SOR/94-686, s. 49(F)] of the *Income Tax Regulations* [C.R.C., c. 945].

[20] The relevant portion of section 105 [of the Regulations] is subsection 105(1), which provides that:

[15] Pas plus que FOCC, FMCI n'était autorisée à céder partiellement à un tiers ses intérêts, droits ou obligations afférents à l'accord Terra Nova. Il lui était cependant permis de céder des créances afférentes à cet accord, sous réserve du consentement de Petro-Canada.

[16] À compter du 1^{er} janvier 1999, FMCI a cédé à FOCC, avec le consentement de Petro-Canada, une partie des paiements contractuels qui lui revenaient dans le cadre de l'accord Terra Nova. Ces paiements se rapportaient à la partie terrestre des travaux effectués par FOCC en exécution du contrat de sous-traitance qu'elle avait passé avec FMCI. En même temps, FMCI renonçait à toutes prétentions qu'elle aurait pu faire valoir contre Petro-Canada au titre de ces montants facturés séparément, à la seule condition qu'ils soient effectivement versés à FOCC.

[17] FOCC a donc fourni les services terrestres afférents au projet Terra Nova conformément aux modalités de son contrat de sous-traitance avec FMCI, et a facturé à ce titre à Petro-Canada les sommes de 886 341,84 \$ en 1999, de 3 790 752,60 \$ en 2000, de 8 795 023,10 \$ en 2001 et de 5 334 879,61 \$ en 2002. Le total des montants ainsi facturés par FOCC au cours des années en question s'élevait à 18 806 997,15 \$.

[18] Le 12 février 2004, l'Agence du revenu du Canada a établi des cotisations à l'égard de Petro-Canada en tant qu'exploitante du projet de Terra Nova pour les années d'imposition 1999 à 2002. Ces cotisations prévoyaient entre autres l'obligation de payer une somme de 2 821 050,33 \$, soit 15 % du total ci-dessus de 18 806 997,15 \$.

[19] Selon le ministre, ces montants relatifs aux services terrestres fournis dans le cadre de l'accord Terra Nova avaient été payés en droit à FMCI plutôt qu'à FOCC. Comme FMCI n'était pas résidente au Canada, Petro-Canada (toujours d'après le ministre) aurait dû retenir 15 % des paiements relatifs à ces travaux, conformément à l'article 105 [mod. par DORS/94-686, art. 49(F)] du *Règlement de l'impôt sur le revenu* [C.R.C., ch. 945].

[20] La disposition applicable de l'article 105 du Règlement est son paragraphe (1), libellé comme suit :

105. (1) Every person paying to a non-resident person a fee, commission or other amount in respect of services rendered in Canada, of any nature whatever, shall deduct or withhold 15 per cent of such payment.

[21] Petro-Canada filed a notice of objection with respect to these assessments. By notice of confirmation dated July 10, 2006, the Minister confirmed the section 105 assessments. Petro-Canada did not appeal this decision to the Tax Court, and in February of 2004, Petro-Canada paid the Receiver General the assessed amount of \$2 821 050.33, together with interest and penalties, bringing the entire payment to \$3 728 153.

[22] It is admitted by the CRA that the amounts paid by Petro-Canada related to work performed by FOCC in Canada.

[23] FOCC subsequently indemnified Petro-Canada for the \$3 728 153 that Petro-Canada had paid to the Receiver General in accordance with the February 12, 2004 assessments.

[24] In the meantime, the monies paid by Petro-Canada to FOCC had been included in FOCC's income for the 1999-2002 taxation years, and the Part I tax [of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1] had been paid by FOCC on these amounts.

[25] It is FOCC's position on this application that the \$2 821 050.33 in withholding tax paid by Petro-Canada should have been paid to the credit of FOCC's tax account, as opposed to that of FMCI. Because this was not done, FOCC has effectively paid \$2 821 050.33 in taxes twice on the same earned income.

[26] In an effort to recoup the monies that it believes that it is owed, FOCC filed a notice of appeal with the Tax Court with respect to Petro-Canada's section 105 assessments. By order dated February 1, 2007, the Tax Court quashed FOCC's appeal on the basis that FOCC was not the taxpayer who had been subject to the assessments in issue, and thus had no standing to challenge these assessments.

105. (1) Quiconque verse à une personne non résidente un honoraire, commission ou autre montant à l'égard de services rendus au Canada, de quelque nature que ce soit, doit déduire ou retrancher 15 pour cent de ce versement.

[21] Petro-Canada a déposé un avis d'opposition à ces cotisations. Par avis de confirmation en date du 10 juillet 2006, le ministre a confirmé les cotisations établies sous le régime de l'article 105 du Règlement. Petro-Canada n'a pas fait appel de cette décision devant la Cour de l'impôt et, en février 2004, a payé au receveur général le montant de la cotisation de 2 821 050,33 \$ majoré des intérêts et pénalités applicables, soit un total de 3 728 153 \$.

[22] L'ARC reconnaît que les montants payés par Petro-Canada se rapportaient à des travaux effectués par FOCC au Canada.

[23] FOCC a par la suite indemnisé Petro-Canada du paiement de 3 728 153 \$ qu'elle avait dû faire au receveur général en conséquence des cotisations du 12 février 2004.

[24] Entre-temps, FOCC avait inclus les sommes que lui avait payées Petro-Canada dans son revenu pour les années d'imposition 1999 à 2002 et elle avait payé l'impôt de la partie I [de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1] sur ces sommes.

[25] FOCC soutient dans la présente espèce que la somme de 2 821 050,33 \$ payée par Petro-Canada au titre de l'impôt à retenir aurait dû être créditée à son propre compte fiscal plutôt qu'à celui de FMCI. Parce qu'il n'en a pas été ainsi, affirme FOCC, elle se trouve avoir payé en fait des impôts de 2 821 050,33 \$ deux fois sur le même revenu gagné.

[26] Afin de recouvrer l'argent qu'elle estime lui être dû, FOCC a déposé devant la Cour de l'impôt un avis d'appel contre les cotisations établies à l'égard de Petro-Canada sous le régime de l'article 105 du Règlement. Par ordonnance en date du 1^{er} février 2007, la Cour de l'impôt a rejeté l'appel de FOCC au motif que cette dernière, n'étant pas le contribuable à l'égard duquel avaient été établies les cotisations en question, n'avait pas qualité pour les contester.

[27] On November 23, 2006, FOCC applied to the Minister under the provisions of subsections 164(1) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 156; 2005, c. 19, s. 37] and 164(1.1) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 97] of the *Income Tax Act* [the Act] for a refund of its alleged overpayment of tax for the 1999-2002 taxation years in the amount of \$3 728 153, namely the principal amount of withholding tax paid, plus the interest and penalties that had also been paid by Petro-Canada. These provisions are lengthy, but have been attached as an appendix to this decision for ease of reference.

[28] FOCC argued that by virtue of paragraph 153(1)(g) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 151; 2007, c. 35, s. 49] of the Act, the monies paid in relation to withholding taxes were paid “on account of the payee’s tax for the year”. Paragraph 153(1)(g) provides that:

153. (1) Every person paying at any time in a taxation year

...

(g) fees, commissions or other amounts for services, other than amounts described in subsection 115(2.3) or 212(5.1)

...

shall deduct or withhold from the payment the amount determined in accordance with prescribed rules and shall, at the prescribed time, remit that amount to the Receiver General on account of the payee’s tax for the year under this Part or Part XI.3, as the case may be, and, where at that prescribed time the person is a prescribed person, the remittance shall be made to the account of the Receiver General at a designated financial institution.

[29] FOCC submitted that it was the payee in law of the Petro-Canada payments, and not FMCI. As a result, FOCC argued that the assessed amounts paid by Petro-Canada as withholding tax, interest and penalties were in fact paid on account of FOCC’s Part I tax for the tax years in question, and should, therefore, have been credited to FOCC in the calculation of FOCC’s outstanding tax balance.

[30] FOCC further submitted that as it had already paid all of its taxes payable under Part I of the *Income Tax Act*

[27] Le 23 novembre 2006, FOCC a demandé au ministre, sous le régime des paragraphes 164(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 156; 2005, ch. 19, art. 37] et 164(1.1) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 97] de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [la Loi], le remboursement du trop-perçu supposé au titre des années d’imposition 1999 à 2002, soit la somme de 3 728 153 \$, qui représentait le principal de l’impôt à retenir, majoré des intérêts et pénalités que Petro-Canada avait aussi payés. Pour la commodité du lecteur, j’ai joint en annexe ces deux longs paragraphes.

[28] FOCC faisait valoir que les sommes versées en impôt à retenir avaient été payées « au titre de l’impôt du bénéficiaire ou du dépositaire pour l’année », aux termes de l’alinéa 153(1)g) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 151; 2007, ch. 35, art. 49] de la Loi. Le passage pertinent de cet alinéa est libellé comme suit :

153. (1) Toute personne qui verse au cours d’une année d’imposition l’un des montants suivants :

[...]

g) des honoraires, commissions ou autres sommes pour services, à l’exception des sommes visées aux paragraphes 115(2.3) ou 212(5.1);

[...]

doit en déduire ou en retenir la somme fixée selon les modalités réglementaires et doit, au moment fixé par règlement, remettre cette somme au receveur général au titre de l’impôt du bénéficiaire ou du dépositaire pour l’année en vertu de la présente partie ou de la partie XI.3. Toutefois, lorsque la personne est visée par règlement à ce moment, la somme est versée au compte du receveur général dans une institution financière désignée.

[29] FOCC soutenait que c’était elle, et non FMCI, qui était le bénéficiaire en droit des paiements de Petro-Canada. Il s’ensuivait selon elle que les montants payés par Petro-Canada en exécution des cotisations d’impôt à retenir, intérêts et pénalités compris, avaient en fait été payés au titre de l’impôt de la partie I de FOCC pour les années d’imposition en question et auraient donc dû lui être crédités aux fins du calcul de sa dette fiscale.

[30] FOCC affirmait en outre que, comme elle avait déjà payé la totalité de ses impôts payables sous le

in full for the 1999-2002 taxation years, there had been a double payment of tax on the same earned income. As a consequence, FOCC contended that it was entitled to a refund in the amount of \$3 728 153.

The Minister's Decision

[31] By letter dated January 8, 2007, the Minister refused FOCC's request for a refund. In the Minister's view, FOCC was not the payee of the Petro-Canada payments in law. According to the Minister, FMCI was indeed the payee, with the result that the withholding amounts had properly been assessed on account of FMCI.

[32] The Minister also noted that FMCI had itself sought a refund of the \$2 821 050.33 in withholding tax paid by Petro-Canada on the basis that it did not have a permanent establishment in Canada, but that this request had been refused, as it had been filed beyond the three-year time period allowed for requests to be made for the refund of overpayments as provided for in subsection 164(1) of the *Income Tax Act*.

[33] Finally, the Minister observed that FMCI was considering applying for a remission order in order to recover the overpayment made with respect to its 1999-2002 taxation years.

[34] It is the Minister's decision refusing FOCC's request for a refund that underlies this application for judicial review.

Issues

[35] There are three issues on this application for judicial review. The first is whether this Court has jurisdiction to entertain FOCC's application, or whether the matter is one that is within the exclusive purview of the Tax Court.

[36] Assuming that this Court does have jurisdiction to deal with this matter, the second issue that then arises is the appropriate standard of review to be applied with respect to the Minister's decision.

régime de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les années d'imposition 1999 à 2002, elle avait fait un double paiement d'impôt sur le même revenu gagné. En conséquence, faisait-elle valoir, elle avait droit à un remboursement de 3 728 153 \$.

La décision du ministre

[31] Par lettre en date du 8 janvier 2007, le ministre a rejeté la demande de remboursement de FOCC. Selon lui, FOCC n'était pas le bénéficiaire en droit des paiements de Petro-Canada; ce bénéficiaire était plutôt FMCI, de sorte que le montant payé au titre de l'impôt à retenir avait légitimement été crédité au compte fiscal de cette dernière.

[32] Le ministre a également noté que FMCI avait elle-même demandé le remboursement des 2 821 050,33 \$ payés par Petro-Canada au titre de l'impôt à retenir, au motif qu'elle n'avait pas d'établissement stable au Canada, mais que sa demande avait été rejetée, ayant été déposée hors du délai de trois ans que prévoit le paragraphe 164(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les demandes de remboursement de paiements en trop.

[33] Enfin, le ministre a fait observer que FMCI envisageait de demander un décret de remise d'impôt dans le but de se faire rembourser le paiement en trop relatif aux années d'imposition 1999 à 2002.

[34] C'est la décision du ministre portant rejet de la demande de remboursement de FOCC qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

Les questions en litige

[35] Il y a trois questions en litige dans la présente demande de contrôle judiciaire de FOCC. La première est celle de savoir si la Cour a compétence sur cette demande ou si, au contraire, elle est du ressort exclusif de la Cour de l'impôt.

[36] En supposant que la Cour ait effectivement compétence sur la présente affaire, la deuxième question à trancher est celle de savoir quelle norme de contrôle doit être appliquée à la décision du ministre.

[37] The final issue for determination is whether the Minister erred in concluding that FOCC was not entitled to a refund in the amount of \$2 821 050.33 as an overpayment of tax for FOCC's 1999-2002 taxation years.

Jurisdiction

[38] The Minister submits that this Court does not have the jurisdiction to grant FOCC the relief that it is seeking in this case. FOCC has not challenged its own tax assessments for the 1999-2002 taxation years, and thus it cannot be said that FOCC has overpaid its taxes for these years.

[39] Moreover, the respondent points out that one taxpayer cannot challenge another taxpayer's assessment. To allow FOCC to claim that an overpayment was made by Petro-Canada would effectively require that this Court vacate Petro-Canada's income tax assessments. Only the Tax Court has the jurisdiction to hear and determine appeals from tax assessments pursuant to the *Income Tax Act*.

[40] FOCC argues that it is not seeking to challenge its own tax assessments, as there is no dispute about the amount of tax that was payable by FOCC for the 1999-2002 taxation years. This is because FOCC acknowledges having received the \$18 806 997.15 paid to it by Petro-Canada for the work that FOCC did in connection with the Terra Nova project. According to FOCC, the only matter that is in dispute is how much money had been paid on account of FOCC's tax payable for these years.

[41] That is, FOCC says that the question for determination on this application is whether the Minister erred in failing to recognize that the \$2 821 050.33 in withholding tax paid by Petro-Canada should have been credited to FOCC's tax account rather than that of FMCI. Even though the assessments made against Petro-Canada were based upon the Minister's finding that the monies paid by Petro-Canada were paid in law to FMCI, FOCC submits that it cannot be bound by the reasoning underlying the assessment of another taxpayer.

[37] La troisième question en litige est celle de savoir si le ministre a commis une erreur en concluant que FOCC n'avait pas droit à un remboursement de 2 821 050,33 \$ au titre de l'impôt qu'elle aurait payé en trop pour les années d'imposition 1999 à 2002.

La compétence

[38] Le ministre soutient que notre Cour n'a pas compétence pour prononcer la réparation que FOCC demande dans la présente espèce. FOCC n'a pas contesté les cotisations établies à son propre égard pour les années d'imposition 1999 à 2002, fait-il valoir, de sorte que l'on ne peut dire qu'elle ait payé des impôts en trop pour ces années.

[39] En outre, le ministre fait observer qu'un contribuable donné ne peut contester la cotisation établie à l'égard d'un autre contribuable. Pour permettre à FOCC de soutenir que Petro-Canada a effectué un paiement en trop, raisonne-t-il, il faudrait en fait que notre Cour annule les cotisations fiscales établies à l'égard de Petro-Canada. Or seule la Cour de l'impôt a compétence sur les recours contre les cotisations établies sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[40] FOCC fait valoir qu'elle ne cherche pas à contester les cotisations fiscales établies à son propre égard, puisqu'elle ne met pas en discussion le montant de l'impôt qui a été exigé d'elle pour les années d'imposition 1999 à 2002. En effet, elle reconnaît avoir reçu les 18 806 997,15 \$ que Petro-Canada lui a payés en contrepartie des travaux effectués dans le cadre du projet Terra Nova. Selon FOCC, la seule question en discussion est celle de savoir quelle somme a été effectivement payée au titre de l'impôt payable par elle pour ces années.

[41] Plus précisément, FOCC affirme que la question à trancher dans la présente espèce est celle de savoir si le ministre a commis une erreur en ne reconnaissant pas que la somme de 2 821 050,33 \$ payée par Petro-Canada en impôt à retenir aurait dû être créditée à son propre compte fiscal plutôt qu'à celui de FMCI. FOCC soutient que, même si les cotisations établies à l'égard de Petro-Canada se fondaient sur la conclusion du ministre comme quoi les sommes payées par cette dernière société avaient été versées en droit à FMCI, elle ne peut être liée par le rai-

[42] Moreover, FOCC contends that it cannot obtain the relief that it is seeking from the Tax Court, as it is not seeking to challenge the amount of tax that has been assessed as payable by the company. According to FOCC, only the Federal Court can review the refusal of the Minister to issue a refund to a taxpayer in circumstances such as this.

[43] In assessing whether this Court has jurisdiction to entertain FOCC's application for judicial review, the starting point for the Court's analysis must be section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], which provides that:

18.5 Despite sections 18 and 18.1, if an Act of Parliament expressly provides for an appeal to... the Tax Court of Canada... from a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

[44] As the Supreme Court of Canada has recently made it clear, this Court must be cautious in assuming jurisdiction in tax matters, so as not to encroach on the jurisdiction of the Tax Court.

[45] That is, in *Canada v. Addison & Leye Ltd.*, [2007] 2 S.C.R. 793, the Supreme Court stated at paragraph 11 that:

Reviewing courts should be very cautious in authorizing judicial review in such circumstances. The integrity and efficacy of the system of tax assessments and appeals should be preserved. Parliament has set up a complex structure to deal with a multitude of tax-related claims and this structure relies on an independent and specialized court, the Tax Court of Canada. Judicial review should not be used to develop a new form of incidental litigation designed to circumvent the system of tax appeals established by Parliament and the jurisdiction of the Tax Court. Judicial review should remain a remedy of last resort in this context.

sonnement sous-jacent aux cotisations établies à l'égard d'un autre contribuable.

[42] FOCC avance en outre qu'elle ne peut obtenir de la Cour de l'impôt la réparation qu'elle cherche, puisqu'elle n'essaie pas de contester le montant des cotisations établies à son égard. Selon elle, seule la Cour fédérale peut contrôler le refus du ministre de rembourser un contribuable dans un cas tel que le présent.

[43] Le point de départ de l'analyse visant à établir si notre Cour a compétence sur la présente demande de contrôle judiciaire de FOCC doit être l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], ainsi libellé :

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant [...] la Cour canadienne de l'impôt [...] d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

[44] Comme la Cour suprême du Canada l'a bien fait comprendre récemment, notre Cour doit faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de se déclarer compétente en matière fiscale, de manière à ne pas empiéter sur le ressort de la Cour de l'impôt.

[45] On peut en effet lire l'avertissement suivant au paragraphe 11 de l'arrêt *Canada c. Addison & Leye Ltd.*, [2007] 2 R.C.S. 793 :

Dans de telles circonstances, les tribunaux de révision ne doivent ouvrir la voie aux recours en contrôle judiciaire qu'avec beaucoup de circonspection. Il y a lieu de protéger l'intégrité et l'efficacité du système de cotisation et d'appel en matière fiscale. Le Parlement a édifié une structure complexe pour assurer le traitement d'une multitude de revendications se rapportant au fisc, et cette structure s'appuie sur un tribunal spécialisé et indépendant, la Cour canadienne de l'impôt. On ne saurait permettre que le contrôle judiciaire serve à créer une nouvelle forme de procédure connexe destinée à contourner le système d'appel établi par le Parlement en matière fiscale ainsi que la compétence de la Cour de l'impôt. Dans ce contexte, le contrôle judiciaire devrait demeurer un recours de dernier ressort.

[46] In determining whether this application for judicial review is properly before this Court, or whether it represents an attempt to encroach on or circumvent the jurisdiction of the Tax Court, it is necessary to identify the fundamental basis for the application.

[47] This application for judicial review is styled as a review of the Minister's refusal to refund an overpayment of tax allegedly owing to FOCC.

[48] As was noted above, it is FOCC's position it has overpaid its taxes as the \$2 821 050.33 in withholding tax paid by Petro-Canada should have been credited to FOCC's tax account rather than that of FMCI.

[49] The payment of the \$2 821 050.33 in withholding tax, together with interest and penalties, was paid by Petro-Canada as a result of the assessments of Petro-Canada which held that 15% of the monies paid to FMCI under the provisions of the Terra Nova Agreement should have been withheld and remitted by Petro-Canada in accordance with section 105 [of the Regulations], because FMCI was a non-resident company.

[50] I agree with the respondent that when all is said and done, what FOCC is essentially trying to do indirectly through this application for judicial review is to challenge the withholding tax assessment levied against Petro-Canada. Indeed, FOCC appears to have understood that this is the case, as is evidenced by the company's abortive attempt to appeal Petro-Canada's tax assessments to the Tax Court.

[51] Leaving aside the question of whether one taxpayer may challenge the assessment of another taxpayer, what is clear is that this Court does not have the jurisdiction to review tax assessments. Such reviews are within the exclusive purview of the Tax Court.

[52] This finding is sufficient to dispose of this application. Nevertheless, I will deal briefly with the other issues raised by FOCC, in the event that a reviewing

[46] Pour établir si notre Cour est valablement saisie de la présente demande de contrôle judiciaire ou si au contraire celle-ci constitue une tentative d'empiètement sur la compétence de la Cour de l'impôt ou de contournement de cette compétence, il se révèle nécessaire de définir le fondement de ladite demande.

[47] La présente demande de contrôle judiciaire se donne comme ayant pour objet le refus du ministre de rembourser à FOCC un trop-perçu d'impôt qu'il lui devrait.

[48] Comme on l'a vu plus haut, FOCC soutient avoir fait un paiement en trop au fisc au motif que la somme de 2 821 050,33 \$ payée par Petro-Canada en impôt à retenir aurait dû être créditée à son compte plutôt qu'à celui de FMCI.

[49] Petro-Canada a payé au titre de l'impôt à retenir cette somme de 2 821 050,33 \$, majorée des intérêts et pénalités applicables, en exécution des cotisations établies à son égard selon lesquelles elle aurait dû, par application de l'article 105 du Règlement, déduire et remettre au receveur général 15 % des paiements faits à FMCI dans le cadre de l'accord Terra Nova, cette dernière étant une société non résidente.

[50] Je pense comme la défenderesse que, en dernière analyse, ce que FOCC essaie fondamentalement de faire d'une manière indirecte par le moyen de la présente demande de contrôle judiciaire est de contester la cotisation d'impôt à retenir établie à l'égard de Petro-Canada. FOCC paraît en fait comprendre elle-même la chose ainsi, comme en témoigne le recours infructueux qu'elle a exercé devant la Cour de l'impôt contre les cotisations de Petro-Canada.

[51] Indépendamment du point de savoir s'il est permis à un contribuable donné de contester la cotisation établie à l'égard d'un autre, il ne fait aucun doute que notre Cour n'a pas compétence pour examiner les cotisations fiscales. L'examen de ces cotisations est du ressort exclusif de la Cour de l'impôt.

[52] Cette conclusion suffit pour se prononcer sur la présente demande. Cependant, je traiterai brièvement les autres questions mises en litige par FOCC, pour le cas où

Court may disagree with my jurisdictional finding.

une cour de révision ne souscrirait pas à ma conclusion sur la compétence.

Standard of Review

La norme de contrôle

[53] If this Court were found to have jurisdiction to entertain this application for judicial review, then the issue to be determined is whether the Minister erred in finding that FOCC had not made an overpayment of tax that would necessitate the payment of a refund. This is a question of mixed fact and law, requiring as it does an assessment of the factual circumstances giving rise to the request for a refund, as well as the legal effects of the various contractual arrangements between the parties.

[53] Si notre Cour était déclarée compétente sur la présente demande de contrôle judiciaire, la question à décider serait celle de savoir si le ministre a commis une erreur en concluant que FOCC n'a pas fait au fisc un paiement en trop qui nécessiterait un remboursement. C'est là une question mixte de fait et de droit, puisqu'elle commande l'examen à la fois des faits ayant donné lieu à la demande de remboursement et des effets juridiques des divers arrangements contractuels liant les parties.

[54] Taking the various factors relevant to the standard of review analysis, and, in particular, the nature of the question and the Minister's expertise in matters relating to taxation, I am of the view that the Minister's decision should be reviewed against the standard of reasonableness.

[54] Compte tenu des divers facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, en particulier de la nature de la question et de l'expertise du ministre en matière fiscale, je suis d'avis qu'il conviendrait de contrôler la décision de ce dernier selon la norme de la décision raisonnable.

[55] In reviewing a decision against the reasonableness standard, a reviewing court must consider the justification, transparency and intelligibility of the decision-making process. The court must also consider whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47.

[55] La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable doit prendre en considération la justification de la décision en cause, ainsi que la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel. Elle doit en outre se demander si la décision contrôlée compte parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Voir le paragraphe 47 de *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190.

[56] That said, the choice of the standard of review in this case is not determinative of the outcome of the case, as I am satisfied that the Minister's decision was the correct one.

[56] Cela dit, le choix de la norme de contrôle n'a pas dans la présente espèce d'effet déterminant sur son issue, puisque je suis convaincue que la décision du ministre était correcte.

Did FOCC Overpay its Taxes for the 1999-2002 Taxation Years?

FOCC a-t-elle payé des impôts en trop pour les années d'imposition 1999 à 2002?

[57] As a preliminary matter, it should be observed that although FOCC contended in its submissions to the Minister that it was entitled to a refund in the amount of \$3 728 153, in its submissions to this Court, FOCC asks that the matter be referred back for a new decision on the basis that it is entitled to a refund of Part I taxes in the amount of \$2 821 050.33.

[57] Il convient d'abord de préciser que, si FOCC soutenait dans les observations présentées au ministre qu'elle avait droit à un remboursement de 3 728 153 \$, elle demande dans les observations présentées devant notre Cour que l'affaire soit renvoyée au ministre pour une nouvelle décision au motif qu'elle a droit à un remboursement d'impôt de la partie I s'élevant à 2 821 050,33 \$.

[58] That is, it does not appear that at this stage, FOCC is seeking credit for the penalties and interest paid by Petro-Canada.

[59] In a nutshell, FOCC says that as a result of the assignment of revenues entered into by FMCI and FOCC with respect to the revenues associated with the in-Canada portion of the work performed in relation to the Terra Nova Agreement, FOCC became the legal payee of the monies paid by Petro-Canada in this regard. As a consequence, the monies remitted by Petro-Canada as a result of the section 105 assessments for the 1999-2002 taxation years should have been credited to FOCC's tax account, and not that of FMCI.

[60] I do not agree.

[61] First of all, FOCC has not challenged the tax assessments levied against it for the 1999-2002 taxation years. These assessments are thus final and conclusive as to the amount of tax that was payable by FOCC, as well as the computation of the refund owing as a nil amount: see subsection 152(8) of the *Income Tax Act*.

[62] I accept the fact that the notices of confirmation issued by the Minister with respect to Petro-Canada held that FMCI was the payee of the payments made by Petro-Canada for the in-Canada work is not determinative of the issue as it relates to FOCC. This is because FOCC cannot be bound by the Minister's reasoning as it relates to a different taxpayer: see, for example, *Gaucher v. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 125 (F.C.A.), at paragraphs 6 to 9.

[63] That said, having examined the issue for myself, I am not persuaded that FOCC was the legal payee of the payments made by Petro-Canada, such that it should receive credit for the monies withheld by Petro-Canada. Indeed, I am of the view that the Minister was correct in finding that FMCI was the payee of the monies in issue.

[64] The owners' contractual obligations with respect to the work to be done in relation to the Terra Nova project—both in Canada and outside of Canada—were with FMCI, and not FOCC.

[58] Il semble donc que FOCC ne demande pas à la présente étape de faire créditer à son compte fiscal les pénalités et intérêts payés par Petro-Canada.

[59] En résumé, FOCC soutient que, par suite de l'accord de cession de revenus conclu par elle avec FMCI relativement à l'élément terrestre des travaux exécutés dans le cadre de l'accord Terra Nova, elle est devenue le bénéficiaire en droit des sommes payées par Petro-Canada à cet égard. Par conséquent, les sommes que Petro-Canada a payées en exécution des cotisations établies sous le régime de l'article 105 du Règlement pour les années d'imposition 1999 à 2002 auraient dû être créditées au compte fiscal de FOCC et non à celui de FMCI.

[60] Je ne puis souscrire à ces prétentions.

[61] Premièrement, FOCC n'a pas contesté les cotisations fiscales établies à son propre égard pour les années d'imposition 1999 à 2002. Ces cotisations sont donc définitives pour ce qui concerne aussi bien le montant d'impôts alors payable par FOCC que le calcul établissant à zéro le remboursement dû; voir le paragraphe 152(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[62] Je reconnais que le fait que les avis de confirmation émis par le ministre relativement à Petro-Canada portent que FMCI était le bénéficiaire des paiements faits par Petro-Canada au titre des travaux terrestres ne décide pas la question pour ce qui concerne FOCC. En effet, FOCC ne peut être liée par ce raisonnement du ministre, puisqu'il se rapporte à un autre contribuable; voir par exemple les paragraphes 6 à 9 de *Gaucher c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1869 (C.A.) (QL).

[63] Cela dit, l'examen que j'ai moi-même effectué de la question ne me convainc pas que FOCC ait été le bénéficiaire en droit des paiements faits par Petro-Canada, de sorte que les sommes retenues par cette dernière devraient être créditées à son compte fiscal. En fait, je suis d'avis que le ministre a eu raison de conclure que FMCI était le bénéficiaire des sommes en question.

[64] Les obligations contractuelles des propriétaires touchant les travaux à effectuer dans le cadre du projet Terra Nova — aussi bien sur le territoire terrestre du Canada qu'à l'extérieur de ce territoire — les liaient envers FMCI et non FOCC.

[65] The fact that FMCI may have entered into a subcontract with FOCC, and may also have assigned a portion of the contractual payments due to FMCI to FOCC (representing the value of the in-Canada portion of the work provided by FOCC), does not change the fact that it was FMCI that was the payee under the Terra Nova Agreement, and not FOCC.

[66] Indeed, the Terra Nova Agreement specifically prohibited FMCI from assigning any of its rights, interests or obligations to a third party such as FOCC. While the Terra Nova Agreement did authorize FMCI to assign monies due to it under the Agreement, the assignment of revenues to FOCC by FMCI did not create any contractual rights or obligations as between FOCC and Petro-Canada.

[67] It is noteworthy that under the provisions of the assignment of revenues, FMCI specifically reserved its right to sue Petro-Canada in the event that Petro-Canada did not pay FOCC. This was necessary, as FOCC would not have had any contractual remedies against Petro-Canada, in the event that its invoices were not paid. Indeed, in the absence of any contractual relationship between FOCC and Petro-Canada, FOCC's remedies for non-payment would have been against FMCI under the terms of the subcontract between FMCI and FOCC, and not against Petro-Canada.

[68] As a consequence, it is clear that the legal payee of the monies disbursed by Petro-Canada with respect to the in-Canada portion of the work performed on the Terra Nova project in the course of the 1999-2002 taxation years was FMCI. Given that FMCI was admittedly a non-resident company, section 105 [of the Regulations] obligated Petro-Canada to withhold 15% of the monies paid to FMCI, and to remit them to the taxation authorities, to the credit of FMCI's account.

[69] As a result, there has been no overpayment of tax by FOCC.

[70] It may be that FMCI has overpaid its Canadian taxes, given that it appears that all of the monies received by FMCI in relation to the Terra Nova project may have

[65] Que FMCI ait passé un contrat de sous-traitance avec FOCC et lui ait en outre cédé une partie des paiements contractuels qui lui revenaient (au titre de la valeur des travaux effectués par FOCC sur le territoire terrestre) ne change rien au fait que FMCI, et non FOCC, était le bénéficiaire dans le cadre de l'accord Terra Nova.

[66] En fait, l'accord Terra Nova interdisait explicitement à FMCI de céder quelque partie que ce soit de ses droits, intérêts ou obligations à un tiers tel que FOCC. S'il est vrai que l'accord Terra Nova autorisait FMCI à céder des créances constituées en vertu de ses clauses, la cession de revenus opérée par FMCI en faveur de FOCC n'a pas créé d'obligations ni de droits contractuels entre cette dernière et Petro-Canada.

[67] Il est intéressant de noter que, dans l'accord de cession de revenus, FMCI s'est explicitement réservé le droit de poursuivre Petro-Canada dans le cas où elle ne paierait pas FOCC. Cette clause était nécessaire, puisque FOCC n'aurait eu autrement aucun recours contractuel contre Petro-Canada si celle-ci n'avait pas payé ses factures. Dans les faits, en l'absence de tout lien contractuel entre Petro-Canada et FOCC, celle-ci ne pouvait exercer de recours pour non-paiement que contre FMCI — en invoquant les stipulations du contrat de sous-traitance qui la liait à cette dernière — et n'en avait aucun contre Petro-Canada.

[68] Il ressort à l'évidence de ce qui précède que FMCI était bel et bien le bénéficiaire en droit des sommes décaissées durant les années d'imposition 1999 à 2002 par Petro-Canada en paiement des travaux exécutés sur le territoire terrestre du Canada dans le cadre du projet Terra Nova. Étant donné que FMCI était de l'aveu général une société non résidente, l'article 105 du Règlement obligeait Petro-Canada à déduire 15 % des sommes payées à l'entreprise suisse et à les remettre au fisc, au crédit du compte de cette dernière.

[69] Il s'ensuit que FOCC n'a pas payé d'impôts en trop.

[70] Il se peut que FMCI ait payé en trop des impôts canadiens, puisqu'il apparaît que la totalité des sommes qu'elle a reçues relativement au projet Terra Nova pour-

been expensed out to FOCC. However, it is only the non-resident company that can seek a refund of the withholding tax paid by Petro-Canada: see *Sentinel Hill No. 29 Limited Partnership v. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 30 (C.A.), at paragraph 10.

[71] That is, it would have been open to FMCI to seek a return of the amounts withheld by Petro-Canada by filing Canadian income tax returns reflecting the monies received from Petro-Canada and deducting the amounts paid to FOCC. FMCI's failure to do so in a timely manner does not create a right on the part of FOCC to recoup the monies that may be owing to FMCI through the refund process.

[72] At the end of the day, it appears that the source of FOCC's difficulties is not the Canada Revenue Agency or the Minister of National Revenue. The fact that FOCC may have paid out the sum of \$2 821 050.33 twice in relation to the same earned income does not result from an overpayment of taxes made by FOCC. Rather it results from FOCC's decision to indemnify Petro-Canada for the \$3 728 153 in taxes, penalties and interest that it paid in relation to the withholding tax that the Minister claimed was owing in relation to the payments made by Petro-Canada for the work done in accordance with the Terra Nova Agreement.

Conclusion

[73] For these reasons, FOCC has not persuaded me that the Minister erred in rejecting its request for a refund, and the application for judicial review will be dismissed, with costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application for judicial review is dismissed, with costs.

rait avoir été imputée aux résultats de FOCC. Cependant, seule la société non résidente peut demander un remboursement de la somme payée par Petro-Canada au titre de l'impôt à retenir; voir le paragraphe 10 de *Sentinel Hill No. 29 Limited Partnership v. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 30 (C.A.).

[71] En effet, il aurait été loisible à FMCI de demander le remboursement de l'impôt retenu par Petro-Canada en produisant des déclarations canadiennes d'impôt sur le revenu où elle aurait fait état des sommes reçues de Petro-Canada et déduit les sommes payées à FOCC. Le fait que FMCI n'ait pas tiré parti de cette possibilité quand il en était encore temps ne donne pas à FOCC le droit de récupérer au moyen de la procédure de remboursement l'argent que le fisc pourrait devoir à sa société mère.

[72] En fin de compte, il apparaît que la source des difficultés de FOCC n'est pas l'Agence du revenu du Canada ni le ministre du Revenu national. Le fait que FOCC puisse avoir payé deux fois au fisc la somme de 2 821 050,33 \$ sur le même revenu gagné n'est pas attribuable à un paiement en trop d'impôts de sa part, mais plutôt à sa décision d'indemniser Petro-Canada du versement de 3 728 153 \$ au titre de l'impôt à retenir, pénalités et intérêts compris, montant dont le ministre estimait cette dernière redevable au fisc relativement à la rémunération des travaux effectués dans le cadre de l'accord Terra Nova.

Conclusion

[73] Pour ces motifs, FOCC ne m'a pas convaincue que le ministre a commis une erreur en rejetant sa demande de remboursement, et la présente demande de contrôle judiciaire sera rejetée, avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée, avec dépens.

APPENDIX

164. (1) If the return of a taxpayer's income for a taxation year has been made within 3 years from the end of the year, the Minister

(a) may,

(i) before mailing the notice of assessment for the year, where the taxpayer is, for any purpose of the definition "refundable investment tax credit" (as defined in subsection 127.1(2)), a qualifying corporation (as defined in that subsection) and claims in its return of income for the year to have paid an amount on account of its tax payable under this Part for the year because of subsection 127.1(1) in respect of its refundable investment tax credit (as defined in subsection 127.1(2)), refund all or part of any amount claimed in the return as an overpayment for the year, not exceeding the amount by which the total determined under paragraph (f) of the definition "refundable investment tax credit" in subsection 127.1(2) in respect of the taxpayer for the year exceeds the total determined under paragraph (g) of that definition in respect of the taxpayer for the year,

(ii) before mailing the notice of assessment for the year, where the taxpayer is a qualified corporation (as defined in subsection 125.4(1)) or an eligible production corporation (as defined in subsection 125.5(1)) and an amount is deemed under subsection 125.4(3) or 125.5(3) to have been paid on account of its tax payable under this Part for the year, refund all or part of any amount claimed in the return as an overpayment for the year, not exceeding the total of those amounts so deemed to have been paid, and

(iii) on or after mailing the notice of assessment for the year, refund any overpayment for the year, to the extent that the overpayment was not refunded pursuant to subparagraph (i) or (ii); and

(b) shall, with all due dispatch, make the refund referred to in subparagraph (a)(iii) after mailing the notice of assessment if application for it is made in writing by the taxpayer within the period within which the Minister would be allowed under subsection 152(4) to assess tax payable under this Part by the taxpayer for the year if that subsection were read without reference to paragraph 152(4)(a).

(1.1) Subject to subsection (1.2), where a taxpayer

(a) has under section 165 served a notice of objection to an assessment and the Minister has not within 120 days after

ANNEXE

164. (1) Si la déclaration de revenu d'un contribuable pour une année d'imposition est produite dans les trois ans suivant la fin de l'année, le ministre :

a) peut faire ce qui suit :

(i) avant de poster l'avis de cotisation pour l'année — si le contribuable est, pour l'application de la définition de « crédit d'impôt à l'investissement remboursable » au paragraphe 127.1(2), une société admissible au sens de ce paragraphe qui, dans sa déclaration de revenu pour l'année, déclare avoir payé un montant au titre de son impôt payable en vertu de la présente partie pour l'année par l'effet du paragraphe 127.1(1) et relativement à son crédit d'impôt à l'investissement remboursable au sens du paragraphe 127.1(2) — rembourser tout ou partie du montant demandé dans la déclaration à titre de paiement en trop pour l'année, jusqu'à concurrence de l'excédent du total visé à l'alinéa c) de la définition de « crédit d'impôt à l'investissement remboursable » au paragraphe 127.1(2) sur le total visé à l'alinéa d) de cette définition, quant au contribuable pour l'année,

(ii) avant de poster l'avis de cotisation pour l'année — si le contribuable est une société admissible, au sens du paragraphe 125.4(1), ou une société de production admissible, au sens du paragraphe 125.5(1) et si un montant est réputé par les paragraphes 125.4(3) ou 125.5(3) avoir été payé au titre de son impôt payable en vertu de la présente partie pour l'année — rembourser tout ou partie du montant demandé dans la déclaration à titre de paiement en trop pour l'année, jusqu'à concurrence du total des montants ainsi réputés avoir été payés,

(iii) lors de la mise à la poste de l'avis de cotisation pour l'année ou par la suite, rembourser tout paiement en trop pour l'année, dans la mesure où ce paiement n'est pas remboursé en application des sous-alinéas (i) ou (ii);

b) doit effectuer le remboursement visé au sous-alinéa a)(iii) avec diligence après avoir posté l'avis de cotisation, si le contribuable en fait la demande par écrit au cours de la période pendant laquelle le ministre pourrait établir, aux termes du paragraphe 152(4), une cotisation concernant l'impôt payable en vertu de la présente partie par le contribuable pour l'année s'il n'était pas tenu compte de l'alinéa 152(4)a).

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsqu'un contribuable demande au ministre, par écrit, un remboursement ou la remise d'une garantie, alors qu'il a :

a) soit signifié, conformément à l'article 165, un avis d'opposition à une cotisation, si le ministre, dans les 120 jours

the day of service confirmed or varied the assessment or made a reassessment in respect thereof, or

(b) has appealed from an assessment to the Tax Court of Canada,

and has applied in writing to the Minister for a payment or surrender of security, the Minister shall, where no authorization has been granted under subsection 225.2(2) in respect of the amount assessed, with all due dispatch repay all amounts paid on account of that amount or surrender security accepted therefor to the extent that

(c) the lesser of

(i) the total of the amounts so paid and the value of the security, and (ii) the amount so assessed exceeds (d) the total of (i) the amount, if any, so assessed that is not in controversy, and

(ii) where the taxpayer is a large corporation (within the meaning assigned by subsection 225.1(8)), 1/2 of the amount so assessed that is in controversy.

(d) the total of

(i) the amount, if any, so assessed that is not in controversy, and

(ii) where the taxpayer is a large corporation (within the meaning assigned by subsection 225.1(8)), 1/2 of the amount so assessed that is in controversy.

suivant la date de signification, n'a pas confirmé ou modifié la cotisation ni établi une nouvelle cotisation à cet égard;

b) soit appelé d'une cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt,

le ministre, si aucune autorisation n'a été accordée en application du paragraphe 225.2(2) à l'égard du montant de la cotisation, avec diligence, rembourse les sommes versées sur ce montant ou remet la garantie acceptée pour ce montant, jusqu'à concurrence de l'excédent du montant visé à l'alinéa c) sur le montant visé à l'alinéa d) :

c) le moins élevé des montants suivants :

(i) le total des sommes ainsi versées et de la valeur de la garantie,

(ii) le montant de cette cotisation;

d) le total des montants suivants :

(i) la partie du montant de cette cotisation qui n'est pas en litige,

(ii) si le contribuable est une grande société, au sens du paragraphe 225.1(8), la moitié de la partie du montant de cette cotisation qui est en litige.

T-1385-07
2008 FC 1086

T-1385-07
2008 CF 1086

Donald Peter Johnson (*Applicant*)

v.

Bell Canada (*Respondent*)

INDEXED AS: JOHNSON v. BELL CANADA (F.C.)

Federal Court, Zinn J.—Halifax, August 21; Ottawa, September 26, 2008.

Privacy — Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) — Judicial review of Privacy Commissioner’s conclusion respondent employer having met obligation under PIPEDA to disclose personal information in response to applicant employee’s request for access to e-mail messages relating to him — Personal e-mails not collected by respondent in connection with operation of federal work, undertaking or business within meaning of PIPEDA, s. 4(1)(b) — Exemption from application of PIPEDA in PIPEDA, s. 4(2)(b), available to exclude personal information collected, used or disclosed by individual solely for personal or domestic purposes, not forfeit simply because individual using equipment available by virtue of employment or position — Organization receiving broad request for access having two options: ask party making request to be more specific, conduct reasonable search of information reasonably expected to be responsive to request — Respondent’s search meeting obligations under PIPEDA — Also no evidence respondent not abiding by PIPEDA, s. 8(8), which requires organization retain information responsive to request discovered in search until person making request exhausting all avenues of appeal — Application dismissed.

This was an application for judicial review of the Privacy Commissioner’s conclusion that the respondent employer had met its obligation under the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) to disclose personal information in response to the applicant employee’s request for access to e-mail messages relating to him, sent or received by his co-workers, and which were stored on the respondent’s computers, servers and computer storage devices.

Donald Peter Johnson (*demandeur*)

c.

Bell Canada (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ : JOHNSON c. BELL CANADA (C.F.)

Cour fédérale, juge Zinn—Halifax, 21 août; Ottawa, 26 septembre 2008.

Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la LPRPDE) — Contrôle judiciaire de la conclusion du commissaire à la protection de la vie privée portant que l’employeur défendeur s’était acquitté de son obligation issue de la LPRPDE de divulguer des renseignements personnels en réponse à la demande d’accès de l’employé demandeur aux messages électroniques le concernant — Les courriels personnels n’ont pas été recueillis par la défenderesse dans le cadre d’une entreprise fédérale au sens de l’art. 4(1)(b) de la LPRPDE — La dispense de l’application de la LPRPDE prévue à l’art. 4(2)(b) de la LPRPDE peut être invoquée pour exclure les renseignements personnels qu’un particulier recueille, utilise ou communique exclusivement à des fins personnelles ou domestiques, et cette dispense ne peut être écartée du simple fait que l’équipement dont l’intéressé s’est servi, il y avait accès en raison de son emploi ou de son poste — L’organisation qui reçoit une demande d’accès large dispose de deux possibilités : elle peut soit demander à l’auteur de la demande s’il peut cibler celle-ci davantage, soit procéder à une recherche raisonnable de renseignements de laquelle elle peut attendre raisonnablement une réponse à la demande d’accès — La défenderesse a effectué une recherche qui lui a permis de s’acquitter des obligations issues de la LPRPDE — Aucune preuve ne laissait croire que la défenderesse n’observait pas l’art. 8(8) de la LPRPDE, qui impose à une organisation l’obligation de conserver les renseignements pouvant s’avérer pertinents pour donner suite à la demande le temps nécessaire pour que l’auteur de celle-ci ait épuisé ses voies d’appel — Demande rejetée.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la conclusion du commissaire à la protection de la vie privée portant que l’employeur défendeur s’était acquitté de son obligation issue de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la LPRPDE) de divulguer des renseignements personnels en réponse à la demande d’accès de l’employé demandeur aux messages électroniques le concernant envoyés ou reçus par des collègues et

The main issues were whether, in response to the applicant's access request: (1) personal e-mails were subject to PIPEDA and disclosure by the respondent; (2) the respondent conducted a search that met its obligations under PIPEDA; and (3) the respondent failed to preserve personal information that would have been responsive to the access request, in breach of subsection 8(8) of PIPEDA.

Held, the application should be dismissed.

(1) E-mail messages concerning a person constitute personal information of that person under PIPEDA. However, the personal e-mails at issue herein were not collected by the respondent in connection with the operation of a federal work, undertaking or business within the meaning of paragraph 4(1)(b) of PIPEDA. They were the bycatch of the commercially valuable information that was being handled by the respondent. There was no business purpose for the information with respect to personal e-mails.

The exemption from the application of PIPEDA in paragraph 4(2)(b) of PIPEDA is available to exclude personal information that an individual collects, uses or discloses solely for personal or domestic purposes, and this exemption is not forfeit simply because the individual uses equipment available by virtue of his or her employment or position. While there may conceivably be instances when the paragraph 4(2)(b) protection will be lost, there was no evidence that such exceptional circumstances existed here.

(2) The organization receiving a broad request such as that made by the applicant has two options open to it: it can inquire of the party making the request if he can be more specific as to the information he is requesting, in which case the requesting party does have an obligation to cooperate in defining his request, or it can conduct a reasonable search of information that it can reasonably expect to be responsive to the request. Where that latter course is chosen, as in this case, absent further evidence, one need not assume that there is any reason to conduct a search for messages that fall outside the scope of those which the organization reasonably believes that it would collect, use and disclose in the course of its business operations within the meaning of paragraph 4(1)(b) of PIPEDA. An organization, when searching for information in response to a request stated as broadly as the applicant's request, is not required to assume that information otherwise exempt from PIPEDA by virtue of paragraph 4(2)(b) may have lost that status. The respondent thus conducted a search that met its obligations under PIPEDA.

qui étaient stockés dans les ordinateurs, serveurs et dispositifs de stockage de la défenderesse.

Les questions principales que la Cour devait trancher en réponse à la demande d'accès du demandeur étaient celles de savoir si : 1) les courriels personnels étaient assujettis à la LPRPDE et devaient être communiqués par la défenderesse; 2) la défenderesse avait effectué une recherche qui lui a permis de s'acquitter des obligations issues de la LPRPDE; et 3) la défenderesse avait omis, en violation du paragraphe 8(8) de la LPRPDE, de conserver des renseignements personnels qui auraient été pertinents aux fins de la demande d'accès.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) Les courriels concernant une personne constituent à son égard des renseignements personnels au sens de la LPRPDE. Cependant, les courriels personnels en cause en l'espèce n'ont pas été recueillis par la défenderesse dans le cadre d'une entreprise fédérale au sens de l'alinéa 4(1)b) de la LPRPDE. Il s'agissait de captures accessoires de renseignements utiles au plan commercial qui étaient traités par la défenderesse. S'agissant de courriels personnels, les renseignements ne servaient pas une fin d'entreprise.

La dispense prévue à l'alinéa 4(2)b) de la LPRPDE peut être invoquée pour exclure les renseignements personnels qu'un particulier recueille, utilise ou communique exclusivement à des fins personnelles ou domestiques, et cette dispense ne peut être écartée du simple fait que l'équipement dont l'intéressé s'est servi, il y avait accès en raison de son emploi ou de son poste. Bien qu'on puisse concevoir des situations où la protection offerte par l'alinéa 4(2)b) ne sera pas disponible, aucune preuve ne faisait état de l'existence de circonstances exceptionnelles en l'espèce.

2) L'organisation qui reçoit une demande d'accès aussi large que celle présentée par le demandeur dispose de deux possibilités : elle peut soit demander à l'auteur de la demande s'il peut cibler celle-ci davantage, auquel cas cet auteur a l'obligation de coopérer en vue de délimiter sa demande, soit procéder à une recherche raisonnable de renseignements de laquelle elle peut attendre raisonnablement une réponse à la demande d'accès. Lorsqu'une organisation choisit cette dernière voie, comme c'est le cas en l'espèce, elle n'a pas à présumer, en l'absence d'autres éléments de preuve, qu'il existe quelconque raison de rechercher des messages autres que ceux que, selon ce qu'elle estime de manière raisonnable, elle recueille, utilise ou communique dans le cadre de ses activités commerciales au sens de l'alinéa 4(1)b) de la LPRPDE. Une organisation, lorsqu'elle recherche des renseignements par suite d'une demande d'accès formulée en des termes aussi larges que ceux employés par le demandeur, n'est pas tenue de présumer que des renseignements par ailleurs dispensés de l'application de la LPRPDE en vertu de l'alinéa 4(2)b) ont pu perdre cette

(3) Subsection 8(8) of PIPEDA requires that an organization which has personal information that is the subject of a request retain the information that it has discovered in its search that is or may be responsive to the request, until the person making the request has exhausted all avenues of appeal. There was no evidence that the respondent did not do so.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 2(1) “personal information”, 4, 7(1) (as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 98), 8(4)(a), (8), 9(1),(3)(e) (as enacted by S.C. 2005, c. 46, s. 57; 2006, c. 9, s. 223), 14(1), 16(a),(c), Sch. 1, clauses 4.9, 4.9.1, 4.9.2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Englander v. TELUS Communications Inc., [2005] 2 F.C.R. 572; (2004), 247 D.L.R. (4th) 275; 1 B.L.R. (4th) 119; 2004 FCA 387; *Turner v. TELUS Communications Inc.*, [2007] 4 F.C.R. 368; [2007] CLLC 210-032; (2007), 358 N.R. 185; 2007 FCA 21; *Labrecque c. Québec (Ministère de l'Environnement)*, [2005] C.A.I. 221.

CONSIDERED:

Rousseau v. Wyndowe (2008), 71 Admin. L.R. (4th) 58; 52 C.P.C. (6th) 238; 373 N.R. 301; 2008 FCA 39; *Deschênes c. Banque C.I.B.C.*, [2003] C.A.I. 249.

AUTHOR CITED

Canada. Office of the Privacy Commissioner. Commissioner's Findings. *PIPEDA Case Summary #346: E-mail message raises questions about purposes, credibility and accountability*, 2006, online: <http://www.privcom.gc.ca/index_e.asp>.

protection. En conséquence, la défenderesse a effectué une recherche qui lui a permis de s'acquitter des obligations que la LPRPDE lui impose.

3) Le paragraphe 8(8) de la LPRPDE impose à une organisation qui possède des renseignements personnels visés par une demande l'obligation de conserver les renseignements qu'elle a pu repérer en effectuant ses recherches et pouvant s'avérer pertinents pour donner suite à la demande le temps nécessaire pour que l'auteur de celle-ci ait épuisé ses voies d'appel. Aucune preuve ne laissait croire que la défenderesse n'avait pas agi de la sorte.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 2(1) « renseignement personnel », 4, 7(1) (mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 98), (4)a), 8(8), 9(1),(3)e) (édicte par L.C. 2005, ch. 46, art. 57; 2006, ch. 9, art. 223), 14(1), 16a), c), ann. 1, art. 4.9, 4.9.1, 4.9.2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Englander c. TELUS Communications Inc., [2005] 2 R.C.F. 572; 2004 CAF 387; *Turner c. TELUS Communications Inc.*, [2007] 4 R.C.F. 368; 2007 CAF 21; *Labrecque c. Québec (Ministère de l'Environnement)*, [2005] C.A.I. 221.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rousseau c. Wyndowe, 2008 CAF 39; *Deschênes c. Banque C.I.B.C.*, [2003] C.A.I. 249.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commissariat à la protection de la vie privée. Conclusions de la commissaire. *Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE #346 : Un courriel soulève des questions concernant les motifs, la crédibilité et la responsabilisation*, 2006, en ligne : <http://www.privcom.gc.ca/index_f.asp>.

APPLICATION for judicial review of the Privacy Commissioner's conclusion that the respondent employer had met its obligation under the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* to disclose personal information in response to the applicant employee's request for access to information. Application dismissed.

APPEARANCES:

David T. S. Fraser for applicant.
Maryse Tremblay for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

McInnes Cooper, Halifax, for applicant.
Heenan Blaikie LLP, Montréal, for respondent.

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

[1] ZINN J.: These reasons deal with the application of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA) to e-mail messages relating to an employee, sent or received by his co-workers, and which are stored on the employer's computers, servers and computer storage devices. The steps that an employer is required to undertake when responding to an access request by the subject of these e-mails is also considered.

BACKGROUND

[2] Mr. Johnson is a clerical employee of Bell Canada. On May 12, 2005, he sent an e-mail message to his direct manager requesting that he be provided with "e-mails concerning me in this company ... from all sources". He subsequently narrowed his request for access to e-mails from the preceding two years, i.e. from May 12, 2003 to May 12, 2005. Faced with such a broad request, Bell Canada could have asked Mr. Johnson what e-mail messages he was really interested in seeing. Had it done so, it would have learned that his true interest was in seeing e-mail messages he believed had been sent by or to other

DEMANDE de contrôle judiciaire de la conclusion du commissaire à la protection de la vie privée portant que l'employeur défendeur s'était acquitté de son obligation issue de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* de divulguer des renseignements personnels en réponse à la demande d'accès de l'employé demandeur. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

David T. S. Fraser pour le demandeur.
Maryse Tremblay pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McInnes Cooper, Halifax, pour le demandeur.
Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE ZINN : On se penchera dans les présents motifs sur l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (la Loi ou LPRPDE) aux messages électroniques concernant un employé envoyés ou reçus par des collègues et qui sont stockés dans les ordinateurs, serveurs et dispositifs de stockage de l'employeur. On examinera également les mesures que doit prendre l'employeur pour donner suite à une demande d'accès à ces messages électroniques ou courriels par l'intéressé.

LE CONTEXTE

[2] M. Johnson est employé de bureau chez Bell Canada. Le 12 mai 2005, il a demandé par message électronique à sa supérieure immédiate qu'on lui transmette [TRADUCTION] « les courriels dans notre entreprise me concernant [...] de quelque source que ce soit ». Il a par la suite restreint sa demande, sollicitant plutôt l'accès aux courriels des deux années précédentes, soit pour la période du 12 mai 2003 au 12 mai 2005. Face à une demande d'aussi large portée, Bell Canada aurait pu demander à M. Johnson quels courriels il souhaitait véritablement consulter. Si elle l'avait fait, elle aurait appris

employees of Bell Canada, some of whom occupied supervisory positions, and which concerned him. Bell Canada's position at the hearing was that Mr. Johnson, as the person making the request for access, had a duty to describe the documents he was requesting with more specificity.

[3] Prior to the expiry of the 30-day period for response to the access request that is set out in PIPEDA, Bell Canada advised Mr. Johnson that it required more time and that it would respond to his request no later than July 11, 2005. By letter of that date, Bell Canada did respond to Mr. Johnson, enclosing copies of some 280 e-mails comprising approximately 500 pages. Initially, some electronic messages were withheld pursuant to subsection 9(1) and paragraph 9(3)(e) [as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 223] of PIPEDA on the basis that their disclosure was likely to reveal personal information about a third party or threaten the security of another. Following the involvement of the Office of the Privacy Commissioner, the excluded messages were subsequently provided to Mr. Johnson in a redacted format.

[4] Bell Canada, adopted what I would describe as a focused process to extract the e-mails requested by Mr. Johnson. It did not conduct a search of the data on its servers, backups or every hard drive in the organization. Rather, it focused its search on those e-mails to which his direct supervisor had access. In response to a question from the Privacy Commissioner as to its process, Bell Canada described it as follows:

Ms. Kelly Rose, Mr. Johnson's supervisor at the time, was instructed by an IT specialist from CGI regarding how to use the Advanced Find function. She used this function to search through all messages to find those concerning Peter Johnson for the period of time from when she became his man[ager] on September 1st, 2004 to the date that the access was requested. The previous manager retired from the Company and there was no way to retrieve messages for this earlier period. The messages identified during the search were printed and reviewed.

que M. Johnson souhaitait véritablement voir courriels le concernant qu'il croyait avaient été transmis ou reçus par d'autres employés de Bell Canada, dont certains occupant des postes de supervision. La position adoptée par Bell Canada à l'audience a été que M. Johnson, l'auteur de la demande d'accès, avait l'obligation de décrire de manière plus précise les documents visés par sa demande.

[3] Avant l'expiration du délai de 30 jours prévu dans la Loi pour donner suite à la demande d'accès, Bell Canada a informé M. Johnson qu'il lui faudrait davantage de temps pour répondre à sa demande, soit jusqu'au 11 juillet 2005. Bell Canada a effectivement répondu à M. Johnson par lettre datée du 11 juillet 2005, à laquelle elle avait joint copie d'environ 280 courriels d'une longueur totale d'environ 500 pages. Initialement, certains messages électroniques n'avaient pas été communiqués en application du paragraphe 9(1) et de l'alinéa 9(3)e) [édicte par L.C. 2006, ch. 9, art. 223] de la Loi, au motif que leur communication aurait vraisemblablement révélé un renseignement personnel sur un tiers ou risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité d'un tiers. Par suite de l'intervention du Commissariat à la protection de la vie privée, les messages exclus ont ensuite été communiqués à M. Johnson sous forme expurgée.

[4] Bell Canada a procédé de manière ciblée, pourrais-je dire, pour extraire les courriels demandés par M. Johnson. Elle n'a pas effectué une recherche de données visant ses serveurs, ses installations de sauvegarde ou l'ensemble des disques durs de l'entreprise. Elle a plutôt ciblé avec sa recherche les courriels auxquels la supérieure immédiate de M. Johnson avait accès. Bell Canada a répondu comme suit à une réponse posée par la Commissaire à la protection de la vie privée (la commissaire) quant à la méthode suivie par l'entreprise :

[TRADUCTION] Un spécialiste en TI de CGI a appris à M^{me} Kelly Rose, la superviseure de M. Johnson à l'époque, comment utiliser la fonction de recherche évoluée. Au moyen de cette fonction, M^{me} Rose a cherché à travers tous ses messages ceux concernant Peter Johnson à partir du 1^{er} septembre 2004, la date où elle était devenue sa superviseure, jusqu'à la date de la demande d'accès. L'ancien superviseur de M. Johnson avait pris sa retraite et il n'y avait aucun moyen de récupérer les messages de l'époque où il était en fonction. Les messages repérés lors de la recherche ont été imprimés et passés en revue.

[5] On May 25, 2005, prior to receiving the disclosed e-mail messages, Mr. Johnson filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner of Canada. His complaint, as described by the Privacy Commissioner, was that “Bell Canada had not provided him with copies of all e-mails, dating back two years, pertaining to him”. Although he subsequently acknowledged that he had received some e-mail messages from Bell Canada, it was Mr. Johnson’s position that those e-mails did not constitute all of the requested e-mails.

[6] In the course of the Privacy Commissioner’s investigation, Bell Canada provided details of its document retention policies and practices. It was the position of Bell Canada that some of the e-mails Mr. Johnson was seeking could not be provided to him as they had been destroyed in accordance with Bell Canada’s document retention policies because they served no business purpose. Specifically, there were e-mails that had been in the possession of Mr. Johnson’s previous immediate supervisor during part of the period covered by the access request (May 12, 2003 to September 1, 2004) and which had long since been deleted from the Bell Canada computer system.

[7] On June 15, 2007, the Privacy Commissioner issued her report concerning Mr. Johnson’s complaint; it contained two conclusions. First, she concluded that Bell Canada had breached paragraph 8(4)(a) of PIPEDA when it extended the time for response by a further 30 days without providing a reason for doing so. She also found that the Act was further breached in that Bell Canada failed to advise Mr. Johnson of his right to make a complaint to the Office of the Privacy Commissioner with respect to this extension. The report observed, however, that given the nature of the access request, the extension of time did seem to be reasonable in the circumstances.

[8] Secondly, she found that Bell Canada had provided Mr. Johnson with close to 600 pages of information, including that which had initially been excluded but which the Privacy Commissioner advised should be released to Mr. Johnson in redacted format. She found that Bell Canada had “now met its obligation under

[5] Le 25 mai 2005, avant de recevoir les messages électroniques divulgués, M. Johnson a déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada. La plainte formulée, aux termes de la commissaire, était que [TRADUCTION] « Bell Canada ne lui avait pas fourni copie de tous les courriels des deux dernières années le concernant ». Bien qu’il ait plus tard reconnu avoir reçu certains courriels de Bell Canada, M. Johnson a soutenu que ce n’était pas là la totalité des courriels qu’il avait demandés.

[6] Au cours de l’enquête menée par la commissaire, Bell Canada a fourni des détails relativement à ses politiques et pratiques en matière de conservation des documents. Bell Canada a alors soutenu que certains courriels demandés par M. Johnson ne pouvaient lui être communiqués parce qu’ils avaient été détruits en conformité avec ses politiques de conservation des documents, étant donné qu’ils ne servaient pas des fins professionnelles. Tout particulièrement, il y avait des courriels dans la possession de l’ancien supérieur immédiat de M. Johnson pendant une partie de la période visée par la demande d’accès (du 12 mai 2003 au 1^{er} septembre 2004) qui avaient depuis longtemps été supprimés du système informatique de Bell Canada.

[7] Le 15 juin 2007, la commissaire a publié son rapport relatif à la plainte de M. Johnson; le rapport renfermait deux conclusions. La commissaire a conclu, premièrement, que Bell Canada avait enfreint l’alinéa 8(4)a) de la Loi en prorogeant le délai pour donner suite à la demande d’accès d’une période de 30 jours sans en faire connaître le motif. Elle a conclu que la Loi avait également été enfreinte en raison du défaut de Bell Canada d’informer M. Johnson de son droit de porter plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée (le Commissariat) au sujet de cette prorogation. On a toutefois fait observer dans le rapport qu’en raison de la nature de l’accès demandé, la prorogation semblait avoir été raisonnable dans les circonstances.

[8] Deuxièmement, la commissaire a conclu que Bell Canada avait fourni à M. Johnson près de 600 pages d’information, y compris les pages qui avaient été initialement exclues mais dont elle avait demandé la remise à M. Johnson en une version expurgée. La commissaire a conclu à cet égard que Bell s’était maintenant

Principle [clause] 4.9” [of Schedule 1] to PIPEDA and concluded that “Mr. Johnson’s denial of access complaint is resolved”.

[9] The complaint, however, had not been resolved to Mr. Johnson’s satisfaction. Accordingly, he filed an application under subsection 14(1) of PIPEDA, which provides that a complainant may, after receiving a report from the Privacy Commissioner as a result of a complaint filed under PIPEDA, apply to the Federal Court for a hearing in respect of any matter brought up in the complaint. As will be noted, the potential scope of a proceeding under subsection 14(1) is quite wide.

[10] The Commission appears to have taken a more narrow view of Mr. Johnson’s complaint than he. Under the heading “Other” which follows the conclusion that the complaint is resolved, is a recital of facts that are material to many of the issues now before this Court. It is worth setting out this portion of the report in its entirety:

14. Mr. Johnson had indicated that he believed e-mails had been sent between his co-workers, and between his previous supervisor and the one in place when he made his request. On the first matter, Bell had taken the position that exchanges between employees are not part of business operations and are not included in the employee’s personal file. The company stated that it did not consider this information to have been collected in the course of its business operations, and that therefore Mr. Johnson was not entitled to have access to such e-mail.

15. According to the company’s internet Policy, it is acceptable for employees using company-provided internet access to have “reasonable levels of personal communication, whether by telephone or e-mail...as long as they comply with this policy.” Employees are also reminded that e-mail messages must comply with the company’s Code of Business Conduct.

16. Approximately 30 days worth of data can be saved before an employee has to either save the data to the hard drive or copy it to a laptop or delete it. Magnetic tapes of this data are stored off site in Toronto by a third-party service provider. After 50 days the tapes are overwritten.

17. As for e-mail between supervisors, when a supervisor leaves the company, the e-mail account is disabled after 30 days and the data is wiped out before the computer is set up for a new

[TRADUCTION] « acquittée de son obligation découlant du principe [article] 4.9 » [de l’annexe 1] de la Loi et que « la plainte de déni d’accès de M. Johnson [était] réglée ».

[9] Non satisfait du règlement de la plainte, toutefois, M. Johnson a présenté une demande en vertu du paragraphe 14(1) de la Loi. Ce paragraphe prévoit qu’un plaignant peut, après avoir reçu le rapport du commissaire faisant suite à sa plainte portée en application de la Loi, demander que la Cour fédérale entende toute question qui a fait l’objet de la plainte. Comme on le mentionnera, une procédure en application du paragraphe 14(1) est susceptible d’avoir une très large portée.

[10] Le Commissariat semble avoir interprété la plainte de M. Johnson de manière plus étroite qu’il ne l’a fait lui-même. Sous la rubrique [TRADUCTION] « Autre » suivant la conclusion selon laquelle la plainte a été réglée, figure un énoncé des faits fort pertinents pour nombre des questions dont la Cour est saisie. Il vaut la peine de reproduire en son entier cette partie du rapport :

[TRADUCTION]

14. M. Johnson a dit croire que des courriels avaient été échangés entre ses collègues et entre son ancien superviseur et sa superviseure en fonction au moment de la formulation de sa demande. Quant au premier élément, Bell a adopté comme position que les messages échangés entre des employés ne sont pas une composante des activités commerciales et ne sont pas incluses dans le dossier personnel de l’employé. La société a dit estimer que cette information n’avait pas été recueillie dans le cadre de ses activités commerciales et que, par conséquent, M. Johnson n’avait pas un droit d’accès aux courriels en cause.

15. D’après la politique relative à Internet de la société, il est acceptable que les employés recourant aux services Internet grâce à son système aient « des communications personnelles raisonnables, que ce soit par téléphone ou par courriel [...] dans la mesure où ils se conforment à la présente politique ». Il est également rappelé aux employés que les courriels doivent respecter le code de déontologie de l’entreprise.

16. Des données peuvent être conservées pendant environ 30 jours avant qu’un employé ait soit à les sauvegarder sur disque dur, à les copier sur un portable ou à les supprimer. Un fournisseur de services indépendant stocke à l’externe, à Toronto, des bandes magnétiques où sont enregistrées de telles données. Après 50 jours, les bandes sont écrasées.

17. Pour ce qui est des courriels échangés entre des superviseurs, le compte de courriel d’un superviseur est désactivé 30 jours après qu’il a quitté la société et les données sont effacées avant

user. There is no company policy stipulating what employees information should be passed on to a new supervisor when an employee is transferred to another work group. The supervisor exercises his or her discretion as to what employee information is passed on. Had information been communicated between Mr. Johnson's supervisors, it would have been provided to him.

18. Under paragraph 4(1)(a), Part I of the *Act* applies to every organization in respect of personal information that is about an employee of the organization and that the organization collects, uses or discloses in connection with the operation of a federal work, undertaking or business.

19. While Bell took the position that personal e-mail between employees was not accessible under the *Act*, I would argue that it is. As this Office has stated in a previous case, paragraph 4(2)(b) is not intended to absolve an organization of responsibility for an employee who uses their position within the organization to collect, use or disclose personal information for their own purposes. Therefore, personal e-mail *may be* subject to the *Act* (if it contains personal information), and therefore accessible. In this instance, given the retention periods involved, there are no longer any personal e-mails between employees to search.

20. I have raised this matter as I believe it is important for Bell and its employees to be aware that personal e-mails may be considered personal information and are subject to the *Act*.

[11] In an affidavit filed in this proceeding, Mr. Johnson sets out the basis of his belief that Bell Canada failed to disclose what he described as "many" e-mail messages. The relevant portion of the affidavit reads as follows:

11. I believe that many e-mail messages that contain my personal information were withheld from me. The basis for my belief is as follows:

a. In connection with a relatively recent police investigation, I provided the police with a statement that contained very sensitive personal information. I understand that one of the investigating officers is the spouse of Mrs. Andrea Tubrett, a Bell manager.

b. Immediately after making my request to my manager, Ms. Rose, for access to my personal information under PIPEDA,

que l'ordinateur ne soit configuré pour un nouvel utilisateur. Aucune politique de l'entreprise ne prévoit quels renseignements relatifs à un employé doivent être transmis au nouveau superviseur lorsque l'employé est transféré dans un autre groupe de travail; le superviseur fait usage de son pouvoir discrétionnaire pour établir quels renseignements doivent alors être transmis. Si des renseignements avaient été communiqués d'un superviseur de M. Johnson à l'autre, ces renseignements auraient été transmis à ce dernier.

18. En vertu de l'alinéa 4(1)a), la partie I de la Loi s'applique à toute organisation à l'égard des renseignements personnels qui concernent un de ses employés et qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'une entreprise fédérale.

19. Même si Bell a soutenu le contraire, je suis d'avis qu'on peut avoir accès, en vertu de la Loi, aux courriels personnels échangés entre des employés. Comme le Commissariat l'a déjà déclaré dans une affaire antérieure, l'alinéa 4(2)b) n'a pas pour objet de décharger une organisation de toute responsabilité à l'égard d'un de ses employés qui utilise son poste au sein de l'entreprise pour recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels à ses propres fins. Par conséquent, il est *possible* que des courriels personnels soient assujettis à la Loi (s'ils renferment des renseignements personnels) et, par conséquent, qu'on ait droit d'y avoir accès. Dans le présent cas, compte tenu des périodes de rétention en cause, il n'y a plus de courriels personnels échangés entre des employés qu'on puisse rechercher.

20. J'ai soulevé cette question parce que j'estime important pour Bell et ses employés de savoir qu'on pourrait considérer que les courriels personnels constituent des renseignements personnels et sont assujettis à la Loi.

[11] Dans un affidavit déposé dans la présente instance, M. Johnson énonce pour quels motifs il estime que Bell Canada ne lui a pas communiqué un [TRADUCTION] « grand nombre », selon lui, de courriels. Il déclare ce qui suit dans la partie pertinente de l'affidavit :

[TRADUCTION]

11. Je crois, pour les motifs qui vont suivre, qu'on ne m'a pas communiqué un grand nombre de courriels contenant des renseignements personnels me concernant :

a. Dans le cadre d'une enquête policière relativement récente, j'ai soumis à la police une déclaration renfermant des renseignements personnels très délicats. Je crois savoir que l'un des enquêteurs est le conjoint de M^{me} Andrea Tubrett, cadre chez Bell.

b. Immédiatement après que j'ai demandé à ma superviseuse, M^{me} Rose, d'avoir accès aux renseignements personnels me

I personally observed Ms. Rose speak with Ms. Tubrett. In this (*sic*) course of this conversation, both Ms. Rose and Ms. Tubrett openly cried.

c. The finding of the Privacy Commissioner concludes that e-mail messages referring to me between employees had not been provided to me by Bell nor had they been provided to the Commissioner for her review.

[12] Mr. Johnson's principal issue, as set out in his affidavit, is that he has not been provided with access to the e-mail messages between Bell Canada employees, some of whom occupy supervisory positions, that refer to him. His complaint has three facets: (1) that Bell Canada carried out an inadequate search in response to his access request; (2) that Bell Canada has denied him access to the personal e-mails concerning him that were sent between Bell Canada employees; and (3) that Bell Canada has deleted the personal e-mails in breach of PIPEDA.

[13] Mr. Johnson in this application seeks an order under paragraph 16(a) of PIPEDA that Bell Canada provide him with all of his personal information including all e-mail messages referring to him, damages under paragraph 16(c) of PIPEDA as may be proven, and his costs.

ISSUES

[14] The applicant viewed the issue before the Court to be as follows:

[W]hether the Respondent fulfilled its obligations under Clause 4.9 of Schedule I to PIPEDA and section 8 of PIPEDA by not providing the Applicant with access to all the personal information requested and whether the Respondent violated PIPEDA by failing to live up to its obligation under section 8(8), which requires an organization to retain personal information until a requestor has exhausted his or her recourse under Part I of PIPEDA.

Bell Canada viewed the issue before the Court to be as follows:

[W]hether the Respondent did in fact abide by the provisions of PIPEDA in making full disclosure to the Applicant of all

concernant en vertu de la Loi, j'ai vu en personne M^{me} Rose parler avec M^{me} Tubrett. Celles-ci ont toutes deux ouvertement pleuré pendant leur conversation.

c. La commissaire a tiré comme conclusion que des courriels échangés entre des employés et où il était question de moi ne m'ont pas été communiqués par Bell, ni ne lui ont été soumis pour examen.

[12] Le principal problème soulevé par M. Johnson, tel qu'il est énoncé dans son affidavit, c'est qu'on ne lui a pas donné accès à des courriels échangés entre des employés de Bell Canada, certains occupant des postes de supervision, et où il était question de lui. La plainte de M. Johnson compte trois volets : 1) Bell Canada n'a pas procédé à une recherche appropriée pour donner suite à sa demande d'accès; 2) Bell Canada lui a refusé l'accès à des courriels personnels le concernant que certains de ses employés ont échangés entre eux; 3) Bell Canada a supprimé des courriels personnels en violation de la Loi.

[13] Dans le cadre de la présente demande, M. Johnson demande à la Cour, en application de l'alinéa 16(a) de la Loi, d'ordonner à Bell Canada de lui communiquer tous les renseignements personnels le concernant, notamment tous les courriels où il est mentionné, de lui accorder, en vertu de l'alinéa 16(c) de la Loi, les dommages-intérêts qui pourront être prouvés, et de lui attribuer ses dépens.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[14] Le demandeur a exprimé comme suit la question à trancher par la Cour :

[TRADUCTION] [L]a défenderesse s'est-elle acquittée des obligations lui incombant, en vertu de l'article 4.9 de l'annexe I de la Loi et de l'article 8 de la Loi, en ne donnant pas au demandeur accès à tous les renseignements personnels demandés, et la défenderesse a-t-elle enfreint la Loi en ne s'acquittant pas de l'obligation lui incombant en vertu de son paragraphe 8(8), lequel prévoit qu'une organisation doit conserver les renseignements personnels faisant l'objet d'une demande le temps nécessaire pour permettre au demandeur d'épuiser ses recours en vertu de la partie I de la Loi?

Bell Canada a pour sa part exprimé comme suit la question à trancher par la Cour :

[TRADUCTION] [L]a défenderesse s'est-elle en fait conformée aux dispositions de la Loi en communiquant au demandeur

documents found by the Respondent pursuant to the Request of May 12, 2005, while severing from some of the requested documents, information which could reveal the personal information of a third party as required by subsection 9(1) of PIPEDA.

[15] In my view, neither statement aptly captures the issues before this Court as set out in the parties' memoranda of argument and as they were developed during counsels' oral submissions. As has been held by the Federal Court of Appeal in *Englander v. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 572, the issue in a proceeding under subsection 14(1) of PIPEDA [at paragraph 47] "is not the Commissioner's report, but the conduct of the party against whom the complaint is filed." Thus, the broad issue here is whether Bell Canada, in responding to Mr. Johnson's request dated May 12, 2005, complied with the requirements of PIPEDA. With respect to the conduct of Bell Canada, as noted, Mr. Johnson has raised three distinct concerns: the adequacy of the search it conducted, its alleged failure to disclose personal e-mails, and its alleged destruction of e-mails.

[16] The area of Mr. Johnson's concern, and the focus of this application, are the e-mails he alleges were sent to and from Bell Canada employees concerning him and which, from the perspective of Bell Canada, serve no business purpose. I shall refer to e-mail messages of this type as "personal" e-mails; whereas e-mail messages concerning Mr. Johnson that Bell Canada views as having a business purpose, I shall refer to as "business" e-mails.

[17] Mr. Johnson submits that the personal e-mails contain his personal information and are subject to PIPEDA; accordingly, he submits that the focused search Bell Canada conducted was inadequate to meet its responsibilities under the Act, and that Bell Canada breached the Act in deleting these e-mails while his request was underway.

[18] The questions the Court must deal with are as follows:

tous les documents qu'elle a trouvés à la suite de la demande d'accès du 12 mai 2005, tout en retranchant de certains des documents demandés, comme le prescrit le paragraphe 9(1) de la Loi, les renseignements pouvant révéler un renseignement personnel sur un tiers?

[15] À mon avis, ni l'un ni l'autre énoncé n'exprime convenablement les questions dont la Cour est saisie, tel qu'il ressort des exposés des arguments des parties ainsi que, plus en détail, des plaidoiries de leurs avocats. Tel qu'a statué la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Englander c. TELUS Communications Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 572, ce qui est en question dans une procédure en application du paragraphe 14(1) de la Loi [au paragraphe 47], « ce n'est pas le rapport du commissaire, mais la conduite de la partie contre laquelle la plainte est déposée ». La question générale en litige en l'espèce, ainsi, est de savoir si Bell Canada, en donnant suite à la demande d'accès du 12 mai 2005 de M. Johnson, a observé ou non les exigences prévues par la Loi. En regard de la conduite de Bell Canada, on l'a dit, M. Johnson a fait état de trois préoccupations distinctes, concernant le caractère suffisant de la recherche effectuée par la société, le défaut allégué de celle-ci de communiquer des courriels personnels et sa destruction alléguée de courriels.

[16] La source de préoccupation de M. Johnson, et ce qu'on cible particulièrement dans le cadre de la présente demande, ce sont les courriels le concernant qui auraient été envoyés ou reçus par des employés de Bell Canada et qui, selon cette dernière, n'avaient aucune fin professionnelle. Je désignerai comme « personnels » les courriels de ce type, tandis que je qualifierai de courriels « professionnels » les courriels concernant M. Johnson qui ont, selon Bell Canada une fin professionnelle.

[17] M. Johnson soutient que les courriels personnels renferment des renseignements personnels le visant, et sont donc assujettis aux dispositions de la Loi. Il soutient, par conséquent, que la recherche ciblée effectuée par Bell Canada ne suffisait pas pour satisfaire aux responsabilités que la Loi lui impose, et que Bell Canada a enfreint la Loi en supprimant ces courriels pendant le déroulement de la procédure relative à sa demande.

[18] Les questions que la Cour doit trancher sont les suivantes :

1. Are personal e-mails subject to PIPEDA and disclosure by Bell Canada in response to Mr. Johnson's access request?

2. Did Bell Canada conduct a search that met its obligations under PIPEDA in response to Mr. Johnson's access request?

3. Did Bell Canada fail to preserve personal information that would have been responsive to the access request, in breach of PIPEDA?

4. If there was a violation of Mr. Johnson's rights under PIPEDA, what remedies are available to him and, what remedies ought this Court grant?

ANALYSIS

Is this matter moot?

[19] The Privacy Commissioner found, in paragraph 19 of the report cited above, that "given the retention periods involved, there are no longer any personal e-mails between employees to search." Bell Canada submitted that given that the issues in this application revolve around these non-existent personal e-mails, this application is moot and should not be dealt with by the Court. I am not convinced that the Privacy Commissioner was correct in concluding that there are no longer any personal e-mails between employees to search. E-mail messages may be saved on hard drives and other storage media, as was the case with those e-mails Bell Canada did produce from Mr. Johnson's supervisor. When saved in this manner, they are not subject to deletion from Bell Canada's server and backup systems in accordance with its retention policy. Mr. Johnson specifically mentions the possible e-mails received or sent by a Bell Canada manager other than his immediate supervisor. That person had no supervisory responsibilities with regards to Mr. Johnson and the record indicates that Bell Canada made no inquiries of her as to whether she had saved any e-mails that referenced Mr. Johnson. If the applicant's submission on the application of PIPEDA to personal e-mails is accepted, it may be that Bell Canada's search was inadequate and a more thorough search may reveal additional e-mails that have not yet been produced. Accordingly, I am not convinced,

1. Les courriels personnels sont-ils assujettis à la Loi, et Bell Canada est-elle tenue de les communiquer pour donner suite à la demande d'accès de M. Johnson?

2. En effectuant sa recherche pour donner suite à la demande d'accès de M. Johnson, Bell Canada s'est-elle acquittée des obligations que la Loi lui impose?

3. Bell Canada a-t-elle omis, en violation de la Loi, de conserver des renseignements personnels qui auraient été pertinents aux fins de la demande d'accès?

4. Si des droits de M. Johnson en vertu de la Loi ont été violés, de quelles mesures réparatrices ce dernier dispose-t-il et quelle réparation la Cour devrait-elle accorder?

ANALYSE

La présente demande est-elle sans objet?

[19] La commissaire a conclu, au paragraphe 19 de son rapport précité, qu'il n'y avait [TRADUCTION] « plus, compte tenu des périodes de rétention en cause, de courriels personnels échangés entre des employés qu'on puisse rechercher ». Bell Canada soutient ainsi que, comme les questions en litige en l'espèce ont trait à ces courriels personnels inexistant, la présente demande est sans objet et la Cour devrait se dessaisir de l'affaire. Je ne suis toutefois pas convaincu que la commissaire a eu raison de conclure qu'il n'y avait plus de courriels personnels échangés entre des employés qu'on puisse rechercher. Les courriels peuvent être sauvegardés sur disque dur ou d'autres supports d'enregistrement, comme tel a été le cas pour les courriels de la superviseuse de M. Johnson que Bell Canada a produits. Lorsqu'ils sont conservés de cette manière, les courriels ne sont pas susceptibles d'être supprimés du serveur ou des systèmes de secours de Bell Canada en conformité avec sa politique de rétention. M. Johnson mentionne expressément à cet égard les courriels qu'une gestionnaire de Bell Canada autre que sa supérieure immédiate aurait pu recevoir ou envoyer. Cette gestionnaire n'exerçait pas de fonction de supervision à l'égard de M. Johnson et il ressort du dossier que Bell Canada n'a pas fait enquête auprès d'elle pour savoir si elle avait sauvegardé le moindre courriel où l'on faisait allusion à M. Johnson. Si l'on

on the record before me, that this application is moot.

devait se rendre à la prétention du demandeur quant à l'application de la Loi aux courriels personnels, il se pourrait bien que la recherche effectuée par Bell Canada ait été insuffisante et qu'une recherche plus approfondie révèle l'existence d'autres courriels que ceux déjà produits. Je ne suis donc pas convaincu, au vu du dossier dont je suis saisi, que la présente demande est sans objet.

What is the nature of this proceeding?

[20] The legislative scheme under PIPEDA is atypical from an administrative law standpoint, not least because the Privacy Commissioner's recommendations are non-binding. Deference to an administrative decision maker is therefore not possible, in that there is no real decision of which to speak. This has implications for the Court's role, as it was pointed out by Justice Décarý [at paragraph 48] in *Englander*: "[T]he hearing... is a proceeding *de novo* akin to an action and the report of the Commissioner, if put in evidence, may be challenged or contradicted like any other document adduced in evidence." The evidence in this application is found in the report of the Privacy Commissioner and the affidavits filed by Mr. Johnson and by Simeon Doucette, Human Rights and Privacy Coordinator for Bell Canada.

[21] The Federal Court of Appeal in *Englander* reviewed the history leading to the passage of PIPEDA and found that PIPEDA is a compromise both as to substance and as to form. In substance, it is a compromise between the commercial interests of business and the privacy rights of individuals. In form, it is a compromise or, more accurately, an amalgam of the legal and non-legal. While Part I of the Act is drafted in the usual manner of legislation, Schedule 1, which was borrowed from the CSA Standard, is notably not drafted following any legislative convention. As a result, the Federal Court of Appeal in *Englander* [at paragraph 46] has directed that construction of this legislation should be guided by "flexibility, common sense and pragmatism". With this in mind, I turn to consider the questions previously posed.

Quelle est la nature de la présente procédure?

[20] La Loi représente un régime législatif atypique du point de vue du droit administratif, le caractère non contraignant des recommandations du commissaire n'étant pas le moindre de ses éléments distinctifs. La retenue judiciaire face au décideur administratif n'est pas alors possible, puisque aucune décision n'est véritablement rendue. Cela a une incidence sur le rôle à jouer par la Cour, tel que l'a fait remarquer le juge Décarý [au paragraphe 48] dans l'arrêt *Englander* : « [L']audience [...] est une procédure *de novo* analogue à une action, et le rapport du commissaire, s'il est produit en preuve, peut être contesté ou contredit comme n'importe quel autre élément de la preuve documentaire ». Dans le cadre de la présente demande, ce qu'on a produit comme preuve, c'est le rapport de la commissaire et les affidavits déposés par M. Johnson et par Simeon Doucette, coordonnateur, Protection des renseignements personnels et droits de la personne, chez Bell Canada.

[21] Dans l'arrêt *Englander*, la Cour d'appel fédérale a fait la genèse de la Loi, concluant que celle-ci était un compromis, sous le rapport aussi bien de la forme que du fond. Quant au fond, il s'agit d'un compromis entre les intérêts commerciaux des entreprises et le droit des personnes physiques à la protection de la vie privée. Quant à la forme, il s'agit d'un compromis entre des éléments juridiques et non juridiques, ou plutôt d'un amalgame de tels éléments. Tandis que la partie I de la Loi est rédigée comme un texte législatif habituel, on n'a notablement pas donné à l'annexe I, qui reproduit la norme de la CSA, un libellé législatif conventionnel. La Cour d'appel fédérale a par conséquent statué dans l'arrêt *Englander* [au paragraphe 46] que, pour interpréter cette législation, la meilleure solution était de se confier aux critères « de la souplesse, du sens commun et du pragmatisme ». Gardant cela à l'esprit, je vais maintenant procéder à l'examen des questions précédemment posées.

Are personal e-mails covered by PIPEDA?

[22] There appears to be no question that if an e-mail concerning an individual employee is sent by one employee to another in the course of the employer's business, or if the employer receives an e-mail from a third party concerning an employee and that information is used by the employer in its business operations, for example, in the performance appraisal of the employee, those e-mails are accessible by the employee under PIPEDA. In fact, the e-mails produced by Bell Canada in response to Mr. Johnson's request apparently fell within this characterization. In response to a question from the Privacy Commissioner as to Bell Canada's position regarding Mr. Johnson's entitlement to access exchanges of e-mails that contain personal information about him, Bell Canada responded:

Exchanges of e-mail between colleagues may serve a business purpose or be for personal reasons. Certainly, we as employer have some (limited) ability to view personal messages, however when there is no business content in the messages and therefore no business reason for using the information, we cannot use the information for any purpose and must preserve its confidentiality. The exchanges of a personal nature between colleagues of an employee are not part of business operations and are not included in the employee's personal file. We do not consider this information to have been collected in the course of our business operations. As a result we do not believe that Mr. Johnson is entitled to have access to such e-mail.

[23] Mr. Johnson submits that as personal e-mails contain his personal information he has a right to access them under clauses 4.9 and 4.9.1 of Schedule 1 to PIPEDA, the relevant provisions of which are as follows:

4.9 Principle 9—Individual Access

Upon request, an individual shall be informed of the existence, use, and disclosure of his or her personal information and shall be given access to that information. An individual shall be able to challenge the accuracy and completeness of the information and have it amended as appropriate.

Les courriels personnels sont-ils visés par la Loi?

[22] Il ne semble pas contesté que si un courriel concernant un employé individuel est transmis d'un employé à un autre dans le cadre des activités de l'employeur, ou si l'employeur reçoit d'un tiers un courriel concernant un employé et qu'il utilise ce renseignement dans le cadre de ses activités commerciales, par exemple aux fins de l'évaluation du rendement de l'employé, la Loi assure à ce dernier l'accès à ces courriels. Il semble d'ailleurs que relevaient de cette catégorie les courriels produits par Bell Canada pour donner suite à la demande d'accès de M. Johnson. À cet égard, Bell Canada a répondu comme suit à une question que la commissaire lui avait posée quant au droit d'accès de M. Johnson aux courriels échangés renfermant des renseignements personnels à son sujet :

[TRADUCTION] Les courriels peuvent être échangés entre collègues à des fins professionnelles ou à des fins personnelles. En tant qu'employeur, nous avons assurément la capacité (restreinte) de consulter les messages personnels. Toutefois, lorsqu'il n'y a dans les messages aucun contenu commercial, et par conséquent aucune fin professionnelle à l'utilisation de ces renseignements, nous ne pouvons utiliser ceux-ci à aucune fin et nous devons en sauvegarder le caractère confidentiel. Les communications de nature personnelle entre les collègues d'un employé ne font pas partie des activités commerciales de l'entreprise et ne sont donc pas versées au dossier personnel de l'employé. Nous n'estimons pas que de tels renseignements ont été recueillis dans le cadre de nos activités commerciales. Nous ne croyons donc pas que M. Johnson dispose d'un droit d'accès à de tels courriels.

[23] M. Johnson soutient qu'il dispose du droit d'accès aux courriels personnels s'ils renferment des renseignements personnels qui le concernent en vertu des articles 4.9 et 4.9.1 de l'annexe 1 de la Loi, dont les dispositions pertinentes sont reproduites ci-après :

4.9 Neuvième principe — Accès aux renseignements personnels

Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l'existence de renseignements personnels qui la concernent, de l'usage qui en est fait et du fait qu'ils ont été communiqués à des tiers, et lui permettre de les consulter. Il sera aussi possible de contester l'exactitude et l'intégralité des renseignements et d'y faire apporter les corrections appropriées.

Note: In certain situations, an organization may not be able to provide access to all the personal information it holds about an individual. Exceptions to the access requirement should be limited and specific. The reasons for denying access should be provided to the individual upon request. Exceptions may include information that is prohibitively costly to provide, information that contains references to other individuals, information that cannot be disclosed for legal, security, or commercial proprietary reasons, and information that is subject to solicitor-client or litigation privilege.

4.9.1 Upon request, an organization shall inform an individual whether or not the organization holds personal information about the individual. Organizations are encouraged to indicate the source of this information. The organization shall allow the individual access to this information. However, the organization may choose to make sensitive medical information available through a medical practitioner. In addition, the organization shall provide an account of the use that has been made or is being made of this information and an account of the third parties to which it has been disclosed.

[24] Mr. Johnson submits that the only circumstances under which Bell Canada may deny him access to his personal information in those personal e-mails are those specific exceptions set out in subsection 9(3) of PIPEDA, as follows:

9. ...

(3) Despite the note that accompanies clause 4.9 of Schedule 1, an organization is not required to give access to personal information only if

- (a) the information is protected by solicitor-client privilege;
- (b) to do so would reveal confidential commercial information;
- (c) to do so could reasonably be expected to threaten the life or security of another individual;
- (c.1) the information was collected under paragraph 7(1)(b);
- (d) the information was generated in the course of a formal dispute resolution process; or

Note : Dans certains cas, il peut être impossible à une organisation de communiquer tous les renseignements personnels qu'elle possède au sujet d'une personne. Les exceptions aux exigences en matière d'accès aux renseignements personnels devraient être restreintes et précises. On devrait informer la personne, sur demande, des raisons pour lesquelles on lui refuse l'accès aux renseignements. Ces raisons peuvent comprendre le coût exorbitant de la fourniture de l'information, le fait que les renseignements personnels contiennent des détails sur d'autres personnes, l'existence de raisons d'ordre juridique, de raisons de sécurité ou de raisons d'ordre commercial exclusives et le fait que les renseignements sont protégés par le secret professionnel ou dans le cours d'une procédure de nature judiciaire.

4.9.1 Une organisation doit informer la personne qui en fait la demande du fait qu'elle possède des renseignements personnels son sujet, le cas échéant. Les organisations sont invitées indiquer la source des renseignements. L'organisation doit permettre la personne concernée de consulter ces renseignements. Dans le cas de renseignements médicaux sensibles, l'organisation peut préférer que ces renseignements soient communiqués par un médecin. En outre, l'organisation doit informer la personne concernée de l'usage qu'elle fait ou a fait des renseignements et des tiers qui ils ont été communiqués.

[24] M. Johnson soutient que les exceptions expresses énoncées au paragraphe 9(3) de la Loi, reproduit ci-après, constituent les seuls cas où Bell Canada peut lui refuser l'accès aux renseignements personnels le concernant contenus dans les courriels personnels :

9. [...]

(3) Malgré la note afférente à l'article 4.9 de l'annexe 1, l'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas suivants seulement :

- a) les renseignements sont protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client;
- b) la communication révélerait des renseignements commerciaux confidentiels;
- c) elle risquerait vraisemblablement de nuire à la vie ou la sécurité d'un autre individu;
- c.1) les renseignements ont été recueillis au titre de l'alinéa 7(1)b);
- d) les renseignements ont été fournis uniquement à l'occasion d'un règlement officiel des différends;

(e) the information was created for the purpose of making a disclosure under the *Public Servants Disclosure Protection Act* or in the course of an investigation into a disclosure under that Act.

However, in the circumstances described in paragraph (b) or (c), if giving access to the information would reveal confidential commercial information or could reasonably be expected to threaten the life or security of another individual, as the case may be, and that information is severable from the record containing any other information for which access is requested, the organization shall give the individual access after severing.

[25] In *Turner v. TELUS Communications Inc.*, [2007] 4 F.C.R. 368, the Federal Court of Appeal held [at paragraph 21], with reference to subsection 7(1) [as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 98] of PIPEDA, that “the very fact that Parliament has expressly asked that the note [in Schedule 1] be ignored is a significant indication of its desire to limit the circumstances in which consent to collection of personal information is not required to those it describes in subsection 7(1).” In my view, the same is true of subsection 9(3) of PIPEDA. If PIPEDA otherwise applies to the information, then the only circumstances when access may be refused are those set out in subsection 9(3) of PIPEDA.

[26] As noted previously, Bell Canada takes the position that personal e-mails do not fall under PIPEDA. In its memorandum of argument, Bell Canada writes:

“personal e-mails” between colleagues, which are not collected, used or disclosed in connection with the operation of a federal business within the meaning of section 4(1) of PIPEDA are not covered by PIPEDA and are therefore not subject to the individual right of access. Rather, they constitute personal information about a third party to which an individual cannot be granted access pursuant to subsection 9(1) of PIPEDA. [Emphasis in original.]

[27] The relevant exceptions to the application of PIPEDA are set out in section 4 of PIPEDA, which reads as follows:

4. (1) This Part applies to every organization in respect of personal information that

(a) the organization collects, uses or discloses in the course of commercial activities; or

e) les renseignements ont été créés en vue de faire une divulgation au titre de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* ou dans le cadre d'une enquête menée sur une divulgation en vertu de cette loi.

Toutefois, dans les cas visés aux alinéas b) ou c), si les renseignements commerciaux confidentiels ou les renseignements dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire à la vie ou la sécurité d'un autre individu peuvent être retranchés du document en cause, l'organisation est tenue de faire la communication en retranchant ces renseignements.

[25] Dans l'arrêt *Turner c. TELUS Communications Inc.*, [2007] 4 R.C.F. 368, la Cour d'appel fédérale a statué [au paragraphe 21], au regard du paragraphe 7(1) [mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 98] de la Loi, que « le fait même que le législateur ait demandé expressément de ne pas tenir compte de la note [de l'annexe 1] donne une indication importante de sa volonté de restreindre les cas où le consentement à la collecte des renseignements personnels n'est pas requis à ceux qui sont exposés au paragraphe 7(1) ». Il en va de même, à mon avis, pour le paragraphe 9(3) de la Loi. Si la Loi s'applique par ailleurs à des renseignements, les seuls cas où l'accès peut en être refusé sont ceux énoncés à son paragraphe 9(3).

[26] On l'a dit, Bell Canada a adopté comme position que les courriels personnels ne tombent pas sous le coup de la Loi. Dans son exposé des arguments, Bell Canada a écrit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION] [...] les « courriels personnels » entre collègues qui ne sont pas recueillis, utilisés ou communiqués dans le cadre d'une entreprise fédérale au sens du paragraphe 4(1) de la Loi échappent à la portée de la Loi et, par conséquent, au droit personnel d'accès. Il s'agit plutôt de renseignements personnels sur un tiers auxquels l'intéressé ne peut avoir accès en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi. [Souligné dans l'original.]

[27] Les exceptions pertinentes à l'application de la Loi, reproduites ci-après, sont énoncées à l'article 4 de celle-ci :

4. (1) La présente partie s'applique à toute organisation à l'égard des renseignements personnels :

a) soit qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'activités commerciales;

(b) is about an employee of the organization and that the organization collects, uses or discloses in connection with the operation of a federal work, undertaking or business.

(2) This Part does not apply to

(a) any government institution to which the *Privacy Act* applies;

(b) any individual in respect of personal information that the individual collects, uses or discloses for personal or domestic purposes and does not collect, use or disclose for any other purpose; or

(c) any organization in respect of personal information that the organization collects, uses or discloses for journalistic, artistic or literary purposes and does not collect, use or disclose for any other purpose.

(3) Every provision of this Part applies despite any provision, enacted after this subsection comes into force, of any other Act of Parliament, unless the other Act expressly declares that that provision operates despite the provision of this Part.

[28] Mr. Johnson submits that the personal e-mails fall within the description set out in paragraph 4(1)(b) because they are personal information about him, an employee of Bell Canada, and they are collected, used or disclosed by Bell Canada in connection with the operation of a federal work, undertaking or business.

[29] Mr. Johnson submits, and I agree, that an electronic message about or concerning him meets the definition of “personal information” in subsection 2(1) of PIPEDA which reads as follows:

“personal information” means information about an identifiable individual, but does not include the name, title or business address or telephone number of an employee of an organization.

[30] As was noted by the Federal Court of Appeal in *Rousseau v. Wyndowe* (2008), 373 N.R. 301 [at paragraph 40], the definition of personal information as meaning “information about an identifiable individual” entails that the Act is very far reaching. In *Rousseau* it was held that the handwritten notes of a doctor, taken during an independent medical examination of an insured person by a doctor at the request of the insurance company, were personal information under PIPEDA. In my view, there can be no question that e-mail messages

b) soit qui concernent un de ses employés et qu’elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d’une entreprise fédérale.

(2) La présente partie ne s’applique pas :

a) aux institutions fédérales auxquelles s’applique la *Loi sur la protection des renseignements personnels*;

b) à un individu à l’égard des renseignements personnels qu’il recueille, utilise ou communique à des fins personnelles ou domestiques et à aucune autre fin;

c) à une organisation à l’égard des renseignements personnels qu’elle recueille, utilise ou communique à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires et à aucune autre fin.

(3) Toute disposition de la présente partie s’applique malgré toute disposition — édictée après l’entrée en vigueur du présent paragraphe — d’une autre loi fédérale, sauf dérogation expresse de la disposition de l’autre loi.

[28] M. Johnson soutient que les courriels personnels sont visés par la description de l’alinéa 4(1)b) parce qu’il s’agit bien de renseignements personnels qui le concernent, lui un employé de Bell Canada, et que celle-ci a recueillis, utilisés ou communiqués dans le cadre d’une entreprise fédérale.

[29] M. Johnson soutient — et je partage son avis — qu’un message électronique à son sujet ou qui le concerne satisfait à la définition donnée à un « renseignement personnel » au paragraphe 2(1) qui suit de la Loi :

« renseignement personnel » Tout renseignement concernant un individu identifiable, à l’exclusion du nom et du titre d’un employé d’une organisation et des adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail.

[30] Tel que l’a souligné la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Rousseau c. Wyndowe*, 2008 CAF 39 [au paragraphe 40], puisque la Loi définit un renseignement personnel comme tout « renseignement concernant un individu identifiable », elle a donc une très large portée. La Cour d’appel fédérale a statué dans l’arrêt *Rousseau* que les notes manuscrites rédigées par un médecin au cours de l’examen médical indépendant d’un assuré effectué à la demande d’une compagnie d’assurance constituaient des renseignements personnels au sens de

concerning a person constitute personal information of that person under PIPEDA. Further, there is no dispute that the e-mails that Mr. Johnson was seeking concerned him at a time when he was an employee of Bell Canada. The real issue is whether these e-mails were collected, used or disclosed by Bell Canada in connection with the operation of a federal work, undertaking or business. More specifically, it is whether Bell Canada collected these e-mails, as there is no evidence of use or disclosure.

[31] It is a reality of our electronic world that computer systems store the data transmitted on them. E-mail messages are stored, at least for some period of time, in the sender's "sent" box and the recipient's "in" box. Even when deleted, they reside in the "deleted" items box for a period of time. Further, the data are stored on the servers through which they travel during transmission and the information on those servers and on the individual computers used to transmit the e-mail messages is captured and backed up on a regular and periodic basis. Organizations put systems and procedures in place deliberately to capture such information as is relevant to the organization and its business needs. The reality is that non-relevant information is also captured. Just as the cod fisherman's nets will capture whiting, flounder, hake, squid, butterfish, or other species in addition to the cod which is the fisherman's target, the organization's data storage system which is intended to capture business e-mail will capture personal e-mails, jokes, spam, family pictures and other non-business data transmitted on the system.

[32] As noted previously there is an exception from the application of the Act in paragraph 4(2)(b) for personal information collected by an individual solely for the individual's personal reasons. If this information, exempt in the hands of the individual, is an e-mail sent or received at work, it would be contrary to the purposes of the Act if that same information, once stored on the organization's

la Loi. Or à mon avis, on ne peut contester que les courriels concernant une personne constituent à son égard des renseignements personnels au sens de la Loi. Nul ne conteste non plus que les courriels dont M. Johnson a demandé la communication le concernaient à une période où il était un employé de Bell Canada. La véritable question en litige est donc de savoir si Bell Canada a recueilli, utilisé ou communiqué ces courriels dans le cadre d'une entreprise fédérale, et plus précisément si Bell Canada a recueilli ces courriels, puisque aucune preuve n'a été présentée quant à une quelconque utilisation ou communication.

[31] Une réalité concrète dans notre monde informatisé, c'est que les systèmes informatiques stockent les données transmises par leur moyen. Les messages électroniques sont stockés, du moins pendant un certain temps, dans la boîte d'« envoi » de l'expéditeur et dans la boîte de « réception » du destinataire. Même lorsque les courriels sont supprimés, ils demeurent pendant un certain temps dans la boîte des éléments « supprimés ». En outre, les données sont stockées sur les serveurs par lesquels elles transitent, et les renseignements se trouvant dans ces serveurs et les ordinateurs personnels utilisés pour transmettre les courriels sont régulièrement saisis et sauvegardés. Les organisations mettent volontairement en place des systèmes et des procédures pour saisir les renseignements nécessaires pour leurs fins et pour leurs besoins commerciaux. Une autre réalité concrète, c'est que des renseignements non pertinents sont également saisis. Tout comme les filets des pêcheurs de morue capturent bien d'autres espèces de poissons, comme des merlans, des flets, des merluches, des calmars et des stromatés, que les morues recherchées, le système de stockage de données d'une organisation qui vise à saisir les courriels professionnels saisit également des courriels personnels, des blagues, des pourriels, des photos de famille et d'autres types encore de données non professionnelles transmises par le système informatique.

[32] On l'a dit, l'alinéa 4(2)b) prévoit que la Loi ne s'applique pas aux renseignements personnels qu'un individu recueille uniquement à des fins personnelles. Si de tels renseignements qui aux mains de l'individu échappent à la portée de la Loi, consistent en des courriels envoyés ou reçus au travail, il serait contraire à l'objet de la Loi que ces mêmes renseignements, une fois stockés

backup system, would then not also be exempt from production by the organization. To find otherwise would not accord with common sense and pragmatism and, in my view, would require an interpretation of the Act that would not have been contemplated by its legislators.

[33] However, paragraph 4(2)(b) applies only to exempt individuals from PIPEDA, not corporations or other business entities. The only exemption applicable to business entities is paragraph 4(2)(c), which deals only with information collected for journalistic, artistic or literary purposes and which would have no application to e-mail information of the sort under discussion. Accordingly, the exemption must be found in the scope clause of the Act—in subsection 4(1) which I set out again for ease of reference:

4. (1) This Part applies to every organization in respect of personal information that

(a) the organization collects, uses or discloses in the course of commercial activities; or

(b) is about an employee of the organization and that the organization collects, uses or discloses in connection with the operation of a federal work, undertaking or business. [Emphasis added.]

The emphasized phrases must have some meaning. If it was intended that everything “collected” by the employer organization was subject to disclosure under PIPEDA, the phrases emphasized would be redundant. In my view, these phrases are to be interpreted with reference to the business realities of the commercial world and the organization. It is only that information that the organization collects because it has a commercial need for it that is captured by PIPEDA in subsection 4(1).

[34] The Federal Court of Appeal in *Englander* noted [at paragraph 38] that the focus of PIPEDA was the commercial world:

[PIPEDA] is undoubtedly directed at the protection of an individual’s privacy; but it is also directed at the collection, use and disclosure of personal information by commercial organizations. It seeks to ensure that such collection, use and disclosure are made in a manner that reconciles, to the best possible

dans le système de sauvegarde de l’organisation en cause, n’échappent plus pour celle-ci à l’obligation de production. Si on en venait à une conclusion contraire, on n’interpréterait pas la Loi avec sens commun et pragmatisme, mais plutôt d’une manière non prévue selon moi par le législateur.

[33] Toutefois, l’alinéa 4(2)b ne vise qu’à dispenser des individus de l’application de la Loi, et non pas des sociétés ou d’autres entreprises. La seule dispense applicable aux entreprises est énoncée à l’alinéa 4(2)c, qui ne concerne que les renseignements recueillis à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires et qui ne s’applique pas aux messages électroniques du type en cause en l’espèce. C’est donc dans la disposition sur la portée de la Loi — soit au paragraphe 4(1) que je reproduis de nouveau ci-après par souci de commodité — que l’on doit trouver la dispense applicable.

4. (1) La présente partie s’applique à toute organisation à l’égard des renseignements personnels :

a) soit qu’elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d’activités commerciales;

b) soit qui concernent un de ses employés et qu’elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d’une entreprise fédérale. [Non souligné dans l’original.]

Il faut bien que les mots soulignés aient un sens. Si l’on avait voulu que tout renseignement « recueilli » par l’organisation employeur ait à être communiqué en application de la Loi, les mots soulignés auraient un caractère redondant. À mon avis, ces mots doivent plutôt être interprétés en fonction des impératifs commerciaux du monde des affaires et de l’organisation concernée. Seuls les renseignements que l’organisation recueille pour satisfaire un besoin commercial sont visés par la Loi selon le paragraphe 4(1).

[34] Dans l’arrêt *Englander*, la Cour d’appel fédérale a fait remarquer [au paragraphe 38] que la Loi avait le monde commercial comme point de mire :

L’objet de la LPRPDE est [...] certes axé sur la protection de la vie privée des personnes, mais il se rapporte aussi à la collecte, à l’utilisation et à la communication de renseignements personnels par les organisations. Cet objet est de faire en sorte que lesdites collecte, utilisation et communication soient exécutées

extent, an individual's privacy with the needs of the organization. There are, therefore, two competing interests within the purpose of the PIPED Act: an individual's right to privacy on the one hand, and the commercial need for access to personal information on the other. However, there is also an express recognition, by the use of the words "reasonable person," "appropriate" and "in the circumstances" (repeated in subsection 5(3)), that the right of privacy is not absolute. [Emphasis added.]

[35] The applicant submits that these personal e-mails, this bycatch of the computer systems and backup systems in place to capture and save information for which the organization has a commercial need, fall within the meaning of paragraph 4(1)(b) as "it is information that is being handled 'in connection with' (or '*dans le cadre d'[e]'*) the operation of the Respondent's business". First, in my view, the information is not being "handled" by Bell Canada. Like the bycatch of the cod fisherman, personal e-mail is the bycatch of the commercially valuable information that is being handled by Bell Canada. Secondly, to be information collected in connection with the operation of the business, requires that there be a business purpose for the information. There is none with respect to personal e-mails. In fact, from the viewpoint of organizations like Bell Canada, personal e-mails are refuse that take up valuable space and time. It is for this reason, among others, that organizations discourage or limit employee utilization of their computer systems for personal reasons.

[36] Mr. Johnson further submits that while the e-mails may not have a business purpose, from Bell Canada's viewpoint, this alone does not exempt them from PIPEDA. He points out that the information was transmitted using Bell Canada's business systems and, focusing on e-mails transmitted among those employees above him in the organizational hierarchy, he submits that "the supervisors may have had personal reasons to transmit such information, but it was only done by virtue of their employment with the Respondent and the supervisory position vis-à-vis the Applicant".

d'une manière qui concilie, dans toute la mesure du possible, le droit de la personne à la vie privée et les besoins de l'organisation. Il y a donc deux intérêts concurrents dans l'objet de la LPRPDE: le droit de la personne à la vie privée d'une part, et le besoin commercial d'accès aux renseignements personnels d'autre part. Cependant, il y est expressément reconnu — par l'emploi des termes « à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances », qui sont repris au paragraphe 5(3) — que le droit à la vie privée n'est pas absolu. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le demandeur soutient que les courriels personnels, captures accessoires des systèmes informatiques et de sauvegarde mis en place par une organisation pour saisir et conserver les renseignements requis pour ses besoins commerciaux, tombent sous le coup de l'alinéa 4(1)b), puisqu'il s'agit de [TRADUCTION] « renseignements traités "dans le cadre" de l'entreprise de la défenderesse ». À mon avis, premièrement, les renseignements en cause ne sont pas « traités » par Bell Canada. Comme les captures accessoires des pêcheurs de morue, les courriels personnels sont des captures accessoires de renseignements utiles au plan commercial qui, eux, sont traités par Bell Canada. Deuxièmement, pour que des renseignements soient considérés recueillis dans le cadre d'une entreprise, ils doivent servir une fin d'entreprise, ce qui n'est nullement le cas lorsqu'on a affaire à des courriels personnels. Du point de vue d'organisations telles que Bell Canada, en fait, les courriels personnels constituent des déchets qui gaspillent de l'espace et du temps précieux. C'est d'ailleurs pour ce motif, entre autres, que les organisations désapprouvent ou restreignent l'utilisation par les employés de leurs systèmes informatiques à des fins personnelles.

[36] M. Johnson soutient toutefois également que, même si Bell Canada estime que les courriels ne servent pas une fin d'entreprise ou professionnelle, cela seul ne saurait les dispenser de l'application de la Loi. Il souligne que les renseignements en cause ont été transmis par le biais des systèmes opérationnels de Bell Canada et, s'attardant aux courriels transmis entre ses supérieurs hiérarchiques, il soutient qu'il [TRADUCTION] « se peut que les superviseurs aient eu des motifs personnels pour transmettre de tels renseignements, mais cela ne s'est produit qu'en raison de l'emploi occupé par eux auprès du défendeur et de leurs fonctions de supervision à l'égard du demandeur ».

[37] The applicant in this characterization is attempting to remove the personal e-mails in issue from the exemption provided in paragraph 4(2)(b) of personal information that an individual collects for personal reasons. The Privacy Commissioner in her report references a previous case in which she found that paragraph 4(2)(b) “is not intended to absolve an organization of responsibility for an employee who uses their position within the organization to collect, use or disclose personal information for their own purposes.” This is a reference to *PIPEDA Case Summary #346: E-mails message raises questions about purposes credibility and accountability*, 2006.

[38] In Case Summary #346 the vice-president of a company sent an interoffice e-mail with the complainant’s name in the subject line and with a message that asked: “Does anyone know what firm [he] is with?” Although the vice-president stated that his reason for sending the message was business-related, the Privacy Commissioner did not believe him and agreed with the complainant that he likely had a personal reason for sending the e-mail. The Privacy Commissioner found that there was no breach of PIPEDA as there had been no evidence that the complainant’s personal information had been collected—there was only an attempt to collect it. The Privacy Commissioner found that the vice-president sent the e-mail in his capacity as vice-president of the company, using the company’s e-mail system and office equipment. She reasoned that while he may have had personal reasons for sending the e-mail, he did not act as an individual in so doing, and she found that his actions had every appearance of being conducted on behalf of the company, for business-related reasons. That is the context in which she held, in the terms cited above, that paragraph 4(2)(b) is not meant to absolve a company of responsibility for the actions of its employees.

[39] I support the Privacy Commissioner in her view that the exemption in paragraph 4(2)(b) cannot be used to exclude from PIPEDA personal information that would otherwise be accessible, under the guise that it has been collected, used or disclosed for personal reasons.

[37] En qualifiant la situation de la sorte, le demandeur vise à ce que ne soit pas applicable aux courriels personnels en cause la dispense prévue à l’alinéa 4(2)b) et qui concerne les renseignements personnels qu’un individu recueille à des fins personnelles. La commissaire a renvoyé dans son rapport à une affaire précédente (*Résumé de conclusions d’enquête en vertu de la LPRPDE #346 : Un courriel soulève des questions concernant la crédibilité et la responsabilisation*, 2006) où elle avait conclu que l’alinéa 4(2)b) « n’a pas pour objectif de dégager une organisation de ses responsabilités à l’égard d’un employé qui se sert de sa position dans l’organisation pour recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels à des fins personnelles. »

[38] Dans l’affaire visée par le résumé #346, le vice-président d’une société avait envoyé un courriel inter-services dont l’objet du message mentionnait le nom du plaignant et qui indiquait ce qui suit : « Est-ce que quelqu’un connaît la société pour laquelle [il] travaille? » Le vice-président a déclaré avoir envoyé le courriel pour des motifs professionnels, mais la commissaire ne l’a pas cru et a estimé tout comme le plaignant que le motif de l’envoi était vraisemblablement personnel. La commissaire a toutefois conclu que la Loi n’avait pas été enfreinte, car aucun élément de preuve ne permettait de croire que des renseignements personnels concernant le plaignant avaient été recueillis — il n’y avait eu qu’une tentative de cueillette de tels renseignements. La commissaire a conclu que le vice-président avait envoyé le courriel à titre de vice-président de la société en utilisant le système de messagerie et l’équipement de bureau de la société. Elle a estimé que, même si le vice-président avait eu un motif personnel d’envoyer le courriel, il n’avait pas alors agi en tant qu’individu, et elle a conclu que, selon toutes les apparences, il avait envoyé le courriel au nom de la société et pour des motifs professionnels. C’est dans ce contexte que la commissaire a statué, dans les termes précités, que l’alinéa 4(2)b) n’avait pas pour objectif de dégager une société de ses responsabilités à l’égard des actions de ses employés.

[39] Je partage l’avis de la commissaire selon lequel la dispense prévue à l’alinéa 4(2)b) ne peut servir à exclure de la portée de la Loi les renseignements personnels auxquels l’accès est par ailleurs autorisé, sous prétexte qu’ils ont été recueillis, utilisés ou communiqués

However, in my view, the exemption in paragraph 4(2)(b) is available to exclude personal information that an individual collects, uses or discloses solely for personal or domestic purposes, and this exemption is not forfeit simply because the individual uses equipment available by virtue of his or her employment or position. To hold otherwise would strip paragraph 4(2)(b) of any meaning, as virtually any use of the employer's computer systems would result in the loss of the paragraph 4(2)(b) exemption and bring within the ambit of PIPEDA personal information that has no value or use to the commercial organization. Thus, while there may conceivably be instances when the paragraph 4(2)(b) protection will be lost, those will be exceptional circumstances resulting from unique fact situations. There is no evidence before the Court that such exceptional circumstances exist here.

[40] Accordingly, the answer to the first question: "Are personal e-mails subject to PIPEDA and disclosure by Bell Canada in response to Mr. Johnson's access request?", is no.

Did Bell Canada conduct a sufficient search in response to the request?

[41] I am of the opinion that an organization, when searching for information in response to a request stated as broadly as Mr. Johnson stated his, is not required to assume that information otherwise exempt from PIPEDA by virtue of paragraph 4(2)(b) may have lost that status. Absent some reason to believe that there were personal e-mails that through some exceptional circumstance lost the exemption and fell under PIPEDA, Bell Canada was not required to conduct a broad search for information in response to the request.

[42] The search it was required to conduct was a search that could reasonably be expected to produce the personal information of Mr. Johnson that, in the ordinary course,

à des fins personnelles. J'estime toutefois que la dispense prévue à l'alinéa 4(2)b) peut être invoquée pour exclure les renseignements personnels qu'un individu recueille, utilise ou communique exclusivement à des fins personnelles ou domestiques, et que cette dispense ne peut être écartée du simple fait que l'équipement dont l'intéressé s'est servi, il y avait accès en raison de son emploi ou de son poste. Statuer d'une autre manière priverait l'alinéa 4(2)b) de tout sens, puisque alors pratiquement toute utilisation des systèmes informatiques de l'employeur viendrait écarter la dispense prévue à cet alinéa et ferait tomber sous le coup de la Loi des renseignements personnels sans aucune valeur ou utilité pour une organisation. Ainsi, bien qu'on puisse concevoir des situations où la protection offerte par l'alinéa 4(2)b) ne sera pas disponible, on aura alors affaire à des circonstances exceptionnelles découlant de faits d'espèce tout particuliers. Or, la Cour n'est saisie d'aucune preuve de l'existence de pareilles circonstances exceptionnelles en l'espèce.

[40] Il faut par conséquent répondre par la négative à la première question : « Les courriels personnels sont-ils assujettis à la Loi, et Bell Canada est-elle tenue de les communiquer pour donner suite à la demande d'accès de M. Johnson? »

La recherche effectuée par Bell Canada pour donner suite à la demande d'accès avait-elle un caractère suffisant?

[41] J'estime qu'une organisation, lorsqu'elle recherche des renseignements par suite d'une demande d'accès formulée en des termes aussi larges que ceux employés par M. Johnson, n'est pas tenue de présumer que des renseignements par ailleurs dispensés de l'application de la Loi en vertu de l'alinéa 4(2)b) ont pu perdre cette protection. Faute d'une raison de croire que des courriels personnels ne bénéficiaient plus de la dispense en raison de circonstances exceptionnelles et tombaient ainsi sous le coup de la Loi, Bell Canada n'était pas tenue de procéder à une vaste recherche de renseignements pour donner suite à la demande d'accès.

[42] La recherche que Bell Canada devait effectuer était celle à laquelle il était raisonnable de s'attendre pour produire les renseignements personnels concernant

would fall under PIPEDA. In my view that is exactly what Bell Canada did in this case. From the viewpoint of its business operations it reasonably expected that the e-mail information concerning Mr. Johnson would be in the hands of his direct supervisor. There is no evidence that there would be any other business e-mails concerning Mr. Johnson in the control of any other employee of Bell Canada.

[43] Further, there is insufficient evidence to suggest that any of the personal e-mails Mr. Johnson seeks to access have lost the exemption in paragraph 4(2)(b). Where the organization has conducted a reasonable search in response to an access request, if the party who made the request claims that there is other information that has not been produced, the burden must lie on the requester to establish at least a *prima facie* case that the search has been inadequate. The statement in paragraph 11 of Mr. Johnson's affidavit, quoted previously, does not come close to establishing that there may be other information in the possession of Bell Canada that has not been produced.

[44] Bell Canada submitted that there is an obligation on the part Mr. Johnson, as the person requesting access to his personal information, to cooperate by specifying where Bell Canada ought to search and that "the Applicant must, at the very least, provide objective, useful criteria aimed at narrowing the scope of the required search". In support of this position Bell Canada relies on clause 4.9.2 [principe 9] of Schedule 1 to PIPEDA which provides that "[a]n individual may be required to provide sufficient information to permit an organization to provide an account of the existence, use, and disclosure of personal information." It also relies on the decision of the Quebec Commission d'accès à l'information in *Deschênes c. Banque C.I.B.C.*, [2003] C.A.I. 249.

[45] The position of the Quebec Commission d'accès à l'information in *Deschênes* as to the responsibilities of the parties involved in that case is similar to that I have taken here. Ms. Deschênes had been an employee and a

M. Johnson qui, d'ordinaire, tomberaient sous le coup de la Loi. C'est là exactement, à mon avis, ce que Bell Canada a fait en l'espèce. Adoptant sur la question son point de vue d'entreprise, Bell Canada avait comme attente raisonnable que les messages électroniques concernant M. Johnson se trouveraient entre les mains de sa supérieure immédiate. Et aucun élément de preuve ne laisse croire en l'existence d'autres courriels de nature professionnelle concernant M. Johnson qui seraient entre les mains d'autres employés de Bell Canada.

[43] En outre, trop peu d'éléments de preuve permettent de croire qu'un quelconque courriel personnel dont M. Johnson tente d'obtenir l'accès aurait perdu le bénéfice de la dispense prévue à l'alinéa 4(2)b). Lorsque l'organisation visée a procédé à une recherche raisonnable par suite d'une demande d'accès, et que l'auteur de la demande soutient qu'il existe d'autres renseignements qui n'ont pas été produits, c'est à ce dernier que doit incomber le fardeau d'établir au moins *prima facie* sa prétention quant au caractère insuffisant de la recherche. Or M. Johnson n'est pas même près d'avoir établi, avec la déclaration figurant au paragraphe 11 de son affidavit, précitée, que Bell Canada pourrait avoir en sa possession d'autres renseignements qu'elle n'a pas produits.

[44] Bell Canada soutient que M. Johnson a l'obligation de coopérer, comme auteur de la demande d'accès aux renseignements personnels le concernant, en précisant où Bell Canada devrait chercher et devrait [TRADUCTION] « à tout le moins, proposer des critères objectifs aidant à réduire la portée de la recherche demandée ». Bell Canada fait valoir au soutien de sa position l'article 4.9.2 [principe 9] des principes énoncés à l'annexe 1 de la Loi, lequel prévoit qu'une « organisation peut exiger que la personne concernée lui fournisse suffisamment de renseignements pour qu'il lui soit possible de la renseigner sur l'existence, l'utilisation et la communication de renseignements personnels ». Bell Canada invoque également la décision *Deschênes c. Banque C.I.B.C.*, [2003] C.A.I. 249, de la Commission d'accès à l'information du Québec.

[45] Dans la décision *Deschênes*, la Commission d'accès à l'information du Québec a adopté quant aux responsabilités des parties au litige une position semblable à la mienne en l'espèce. M^{me} Deschênes avait été

customer of the Bank. She requested notes from her mortgage file as well as any communication between the Toronto and Montréal offices with respect to her dismissal and late payments. The Bank produced the result of what it viewed as a reasonable search for these records. Ms. Deschênes was of the view that there were other records that had not been produced. The Commission, in dismissing Ms. Deschênes' complaint, accepted that the search conducted by the Bank was reasonable and that Ms. Deschênes had the burden to establish that there were documents that had not been produced. The relevant portion of the decision reads as follows [at paragraphs 78-82]:

[TRANSLATION] Mr. Deschênes provided precise and uncontradicted testimony establishing that after one year the Bank reused the recordings which could have contained e-mail bearing Ms. Deschênes' name. In light of this evidence, the Commission finds that the Bank no longer has other e-mails.

The Bank called Mr. Deschênes, Mr. Paiement and Ms. Condrain to testify before the Commission. The Bank also filed the supplemental affidavits of Ms. Condrain, Ms. Boivin, and Ms. Levine. All of them declared under oath that, after a careful search, the Bank did not possess any documents other than those already given to Ms. Deschênes or any documents still at issue.

In a matter such as the one under review, it is reasonable that Ms. Deschênes, in submitting a request for access to all information held by the Bank concerning her as a client and former employee, would collaborate in identifying the documents sought.

It was in the context of this endeavour that the Commission sought the collaboration of the Bank's representatives to undertake an additional search. Indeed, this effort was not in vain, as some documents were found.

This last step completed, the onus is on Ms. Deschênes to adduce concrete evidence constituting a commencement of proof with respect to the existence of any document containing personal information about her, as defined in article 2 of the Act. The Commission is of the opinion that the last letters received from Ms. Deschênes do not refer to a concrete situation that would suggest that other documents existed.

[46] I am of the view that the position stated by Bell Canada that Mr. Johnson "had a responsibility to focus

une employée et une cliente de la Banque. Elle avait demandé l'accès aux notes versées à son dossier d'hypothèque ainsi qu'à toute communication échangée entre les bureaux de Toronto et de Montréal de la Banque au sujet de son renvoi et de ses paiements en retard. La Banque a produit le résultat de ce qu'elle estimait être des recherches raisonnables pour trouver de tels documents. M^{me} Deschênes était d'avis qu'il existait d'autres documents qui n'avaient pas été produits. Rejetant la plainte de M^{me} Deschênes, la Commission a jugé raisonnables les recherches effectuées par la Banque et a conclu qu'il incombait à M^{me} Deschênes d'établir l'existence d'autres documents qui n'auraient pas été produits. Je reproduis ci-après la partie pertinente de la décision [aux paragraphes 78 à 82] :

M. Deschênes a rendu un témoignage précis et non contredit démontrant que la Banque, après une année, réutilise les enregistrements sur lesquels peut se trouver un courriel au nom de M^{me} Deschênes. Vu cette preuve, la Commission en arrive à la conclusion que la Banque ne détient donc plus d'autres courriels.

La Banque a fait entendre devant la Commission MM. Paiement et Deschênes et M^{me} Condrain. Elle a produit également les affidavits supplémentaires de M^{mes} Condrain, Boivin et Levine. Toutes les personnes ont déclaré, sous serment, qu'après avoir effectué des recherches sérieuses, la Banque ne possède aucun autre document que ceux déjà donnés à M^{me} Deschênes ou demeurant en litige.

Pour un dossier comme celui sous étude, il est raisonnable que M^{me} Deschênes, soumettant une demande visant l'accès à tous les renseignements détenus par la Banque la concernant, comme cliente et ex-employée, collabore pour identifier les documents recherchés.

C'est dans le cadre de cet exercice que la Commission a sollicité la collaboration des représentants de la Banque pour effectuer des recherches supplémentaires. Celles-ci n'ont d'ailleurs pas été vaines, ayant permis de trouver certains documents.

Cette dernière étape franchie, il revient à M^{me} Deschênes de soumettre les éléments concrets pouvant constituer un début de preuve quant à l'existence d'un document renfermant des renseignements à son sujet, tel qu'il a été défini à l'article 2 de la Loi. La Commission est d'avis que les dernières lettres reçues de M^{me} Deschênes ne révèlent pas de situation concrète lui permettant de considérer qu'il existe d'autres documents.

[46] J'estime que Bell Canada, en soutenant que M. Johnson [TRANSLATION] « avait l'obligation de cibler sa

his request” overstates the responsibility of an applicant making an access request. In my view, and in keeping with the practicality of the application of PIPEDA to a request that may suggest an extensive, costly and time-consuming search, the organization receiving a broad request such as that made by Mr. Johnson has two options open to it: (1) it can inquire of the party making the request if he can be more specific as to the information he is requesting, in which case the requesting party does have an obligation to cooperate in defining his request, or (2) it can conduct a reasonable search of information that it can reasonably expect to be responsive to the request. In this case Bell Canada chose the latter course.

[47] Where that latter course is chosen, absent further evidence, one need not assume that there is any reason to conduct a search for messages that fall outside the scope of those which the organization reasonably believes that it would collect, use and disclose in the course of its business operations.

[48] Accordingly, the answer to the second question: “Did Bell Canada conduct a search that met its obligations under PIPEDA in response to Mr. Johnson’s access request?”, is yes.

Did Bell Canada destroy information contrary to PIPEDA?

[49] Bell Canada had an obligation under subsection 8(8) of PIPEDA to retain and preserve Mr. Johnson’s personal information until all recourse available to him, including the present application, was exhausted.

8. (8) Despite clause 4.5 of Schedule 1, an organization that has personal information that is the subject of a request shall retain the information for as long as is necessary to allow the individual to exhaust any recourse under this Part that they may have.

[50] First, there is no evidence that there were any e-mails subject to disclosure under PIPEDA that were not delivered to Mr. Johnson or retained by Bell Canada. Secondly, given the nature of Bell Canada’s retention policy, which is typical in the corporate world, it is

demande » attribue une portée excessive à l’obligation de l’auteur d’une demande d’accès. À mon avis, compte tenu des impératifs de l’application concrète de la Loi à une demande pouvant donner lieu à des recherches poussées, coûteuses et voraces en temps, l’organisation qui reçoit une demande d’accès aussi large que celle présentée par M. Johnson dispose de deux possibilités. Elle peut soit 1) demander à l’auteur de la demande s’il peut cibler celle-ci davantage, auquel cas cet auteur a l’obligation de coopérer en vue de délimiter sa demande, soit 2) procéder à une recherche raisonnable de renseignements de laquelle elle peut attendre raisonnablement une réponse à la demande d’accès. Bell Canada a choisi en l’espèce cette dernière voie.

[47] Lorsqu’une organisation choisit cette dernière voie, elle n’a pas à présumer, en l’absence d’autres éléments de preuve, qu’il existe quelconque raison de rechercher des messages autres que ceux que, selon ce qu’elle estime de manière raisonnable, elle recueille, utilise ou communique dans le cadre de ses activités commerciales.

[48] Il faut par conséquent répondre par l’affirmative à la seconde question : « En effectuant sa recherche pour donner suite à la demande d’accès de M. Johnson, Bell Canada s’est-elle acquittée des obligations que la Loi lui impose? »

Bell Canada a-t-elle supprimé des renseignements en violation de la Loi?

[49] Bell Canada avait l’obligation, en vertu du paragraphe 8(8) de la Loi, de conserver les renseignements personnels concernant M. Johnson le temps nécessaire pour permettre à ce dernier d’épuiser ses recours, ce qui comprend la présente demande.

8. (8) Malgré l’article 4.5 de l’annexe 1, l’organisation qui détient un renseignement faisant l’objet d’une demande doit le conserver le temps nécessaire pour permettre au demandeur d’épuiser ses recours.

[50] Premièrement, aucun élément de preuve ne laisse croire que des courriels devant être transmis à M. Johnson en vertu de la Loi ne l’ont pas été ou ont été gardés par Bell Canada. Deuxièmement, vu la nature de la politique de conservation de Bell Canada, typique dans le monde

perhaps inevitable that some business e-mails may have been deleted in the time taken to process the access request. The Bell Canada policy provides that data on a laptop is retained only for 30 days and, if not saved by the employee, is automatically deleted. That data is also backed up on tapes but those tapes are overwritten after 50 days. As a result, this electronic information is not in a static state. It is a river of information flowing towards an abyss, and each day a portion of that information is lost.

[51] It cannot be seriously suggested that an organization has a responsibility to recover deleted or overwritten data in the absence of compelling evidence that it existed and that it can be recovered at a reasonable cost. Further, in my view, such a herculean task should only be required to be undertaken, if ever, in circumstances where there is a critical need for the recovered information. In this respect, I concur with the view expressed by the Quebec Commission d'accès à l'information in *Labrecque c. Québec (Ministère de l'Environnement)*, [2005] C.A.I. 221, where it stated [at paragraphs 25-27]:

[TRANSLATION] The Commission is of the opinion that in principle, one shouldn't require an access coordinator to locate, restore, and reproduce electronic documents of this type (e-mails) which have been destroyed, or overwritten by new versions, or which are stored in backup files.

Considering the relatively short time frame that an access coordinator has in which to respond to an access request under the Act (30 days maximum), and considering the technical complexity of restoring an electronic document such as an e-mail – a complexity which is familiar to the Commission on account of its expertise – the Commission is of the opinion that such an undertaking raises serious practical difficulties.

It is within the specialized knowledge of the Commission that retrieval operations of e-mails which have been destroyed, overwritten, or stored in backup files, may involve unforeseen and sometimes major expenses, which could, in some instances, be charged to the person requesting access.

[52] It is impractical to require a company like Bell Canada to stop its corporate retention policies each time

des affaires, il était sans doute inévitable que certains courriels de nature professionnelle aient été supprimés pendant la période requise pour traiter la demande d'accès. Selon la politique de Bell Canada, les données ne sont conservées que 30 jours dans un ordinateur portable puis, si l'employé ne les a pas sauvegardées, sont automatiquement supprimées. Ces données sont également sauvegardées sur des bandes magnétiques, qui sont toutefois écrasées après 50 jours. Ces renseignements électroniques n'ont donc pas un caractère statique. Il s'agit d'un flot de renseignements s'écoulant vers l'abysse, et chaque jour une nouvelle partie en vient à disparaître.

[51] On ne peut sérieusement donner à entendre qu'une organisation a l'obligation de récupérer des données supprimées ou écrasées s'il n'y a aucune preuve péremptoire montrant que ces données ont bien existé et qu'elles peuvent être récupérées à coût raisonnable. En outre, à mon avis, une tâche aussi colossale ne devrait jamais être imposée, si ce n'est lorsque la récupération des données est vraiment essentielle. À cet égard, je partage l'avis exprimé comme suit par la Commission d'accès à l'information du Québec dans la décision *Labrecque c. Québec (Ministère de l'Environnement)*, [2005] C.A.I. 221 [aux paragraphes 25 à 27] :

La Commission est d'avis qu'en principe, on ne doit pas exiger d'un responsable de l'accès qu'il repère, restaure et reproduise des documents informatiques de ce type (courriels) qui ont été détruits, écrasés par de nouvelles versions ou qui se trouvent conservés dans des copies de sécurité.

Compte tenu du délai relativement court que la loi impartit au responsable de l'accès pour répondre à une demande d'accès (maximum de 30 jours), et compte tenu de la complexité technique d'une opération de restauration d'un document informatique tel qu'un courriel, complexité dont la Commission a connaissance en raison de son expertise, la Commission est d'avis que l'exécution d'une telle opération soulèverait des difficultés pratiques sérieuses.

Il est de la connaissance spécialisée de la Commission que de telles opérations de repérage, restauration et reproduction de courriels détruits, écrasés ou se trouvant sur des copies de sécurité entraînent des frais imprévisibles et parfois très coûteux, frais qui pourraient, à la limite, être exigés du demandeur d'accès.

[52] Il n'est pas possible en pratique d'exiger qu'une société telle que Bell Canada mette en suspens ses poli-

an access request is made; especially as it is not known if any of the information that would otherwise be lost into the abyss is even responsive to the request. From a practical and pragmatic standpoint, what subsection 8(8) of PIPEDA requires of an organization is that it retain that information that it has discovered in its search that is or may be responsive to the request, until the person making the request has exhausted all avenues of appeal. As I have indicated, there is no evidence that Bell Canada did not do so in this case.

[53] Accordingly, the answer to the third question: “Did Bell Canada fail to preserve personal information that would have been responsive to the access request, in breach of PIPEDA?”, is no.

Remedies

[54] Having found that there has been no violation of PIPEDA by Bell Canada, it is unnecessary to consider the remedies that would have been available had there been a violation on its part. Accordingly the fourth question need not be answered.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application for judicial review is dismissed with costs.

tiques de conservation des données chaque fois qu’une demande d’accès est présentée, particulièrement lorsqu’on ignore si l’un quelconque des renseignements qui tomberait par ailleurs dans l’abysse est même pertinent pour donner suite à la demande. D’un point de vue pratique et pragmatique, ce que le paragraphe 8(8) de la Loi impose à une organisation, c’est de conserver les renseignements qu’elle a pu repérer en effectuant ses recherches et pouvant s’avérer pertinents pour donner suite à la demande le temps nécessaire pour que l’auteur de celle-ci ait épuisé ses voies d’appel. Or, je l’ai déjà mentionné, aucune preuve ne laisse croire que Bell Canada n’a pas agi de la sorte en l’espèce.

[53] Il faut par conséquent répondre par la négative à la troisième question : « Bell Canada a-t-elle omis, en violation de la Loi, de conserver des renseignements personnels qui auraient été pertinents aux fins de la demande d’accès? »

Mesures réparatrices

[54] La Cour ayant conclu que Bell Canada n’avait pas violé la Loi, il ne sera pas nécessaire d’examiner de quelles mesures réparatrices M. Johnson aurait pu disposer en cas de pareille violation. Il ne sera pas nécessaire, par conséquent, de répondre à la quatrième question en litige.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

A-40-08
2008 FCA 304

A-40-08
2008 CAF 304

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Amarjit Aujla (*Respondent*)

Amarjit Aujla (*intimé*)

A-41-08

A-41-08

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Harjinder Aujla (*Respondent*)

Harjinder Aujla (*intimé*)

INDEXED AS: AUJLA V. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : AUJLA C. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Blais and Ryer JJ.A.—
Vancouver, September 18; Ottawa, October 14, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Blais et Ryer,
J.C.A.—Vancouver, 18 septembre; Ottawa, 14 octo-
bre 2008.

Corporations — Appeals from Tax Court of Canada decision allowing respondents' appeals against assessments issued pursuant to Excise Tax Act (ETA), s. 323(1) for outstanding liability for goods, services tax (GST), interest, penalties of Aujla Construction Ltd. (Company) at time struck from register of companies under British Columbia's Company Act (BCCA) — Company dissolved almost one year after assessments issued but restored to register of companies by means of court order — Respondents claiming ceasing to be Company's directors after Company dissolved, opposing assessments on basis issued after two-year limitation period in ETA, s. 323(5) — BCCA, s. 262(2) (restored company deemed to have continued in existence) not resulting in retroactive reconstitution of respondents' directorships — BCCA, s. 263 empowering British Columbia Supreme Court to order retroactive restoration of company, retroactive reconstitution of directorships — However, since court order herein not specifying directorships restored, respondents not reconstituted as directors — Appeals dismissed — Per Blais J.A. (dissenting): Although court order not expressly restoring respondents' directorships, having effect thereof since respondents never ceasing to hold office under BCCA, order specifying company's dissolution deemed never to have occurred, restoring company to register without directors would violate BCCA, s. 108.

Sociétés — Appels de la décision de la Cour canadienne de l'impôt accueillant les appels interjetés par les intimés à l'encontre de cotisations établies à leur égard en vertu de l'art. 323(1) de la Loi sur la taxe d'accise (la LTA) pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. (la société) en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la Company Act de la Colombie-Britannique — La société a été dissoute environ un an après la date de la cotisation, mais elle a été réinscrite au registre par suite d'une ordonnance de la Cour — Les intimés affirmaient qu'ils avaient cessé d'être des administrateurs de la société à la date de sa dissolution et s'opposaient aux cotisations au motif qu'elles avaient été établies après l'expiration du délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 323(5) de la LTA — L'art. 262(2) de la Company Act (qui dispose qu'une société réinscrite est réputée avoir continué d'exister) n'avait pas pour effet de réintégrer rétroactivement les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs — L'art. 263 de la Company Act habilite la Cour suprême de la Colombie-Britannique à ordonner la réinscription rétroactive de la société et la réintégration rétroactive des intimés dans leurs fonctions d'administrateurs — Cependant, comme l'ordonnance de la Cour en l'espèce ne renfermait pas la moindre mention de la réintégration, les intimés n'ont pas été réintégrés dans leurs fonctions d'administrateurs — Appels rejetés — Selon le juge Blais, J.C.A. (dissident) : Bien qu'elle ne fasse aucune mention explicite de la réintégration des administrateurs, l'ordonnance de la Cour devait avoir cet effet étant donné que

les intimés n'ont jamais cessé d'occuper leur poste au sens de la Company Act, que l'ordonnance prévoyant la dissolution de la société était présumée n'avoir jamais eu lieu et que le rétablissement de l'inscription de la société au registre sans administrateurs aurait enfreint l'art. 108 de la Company Act.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Assessments issued pursuant to Excise Tax Act (ETA), s. 323(1) for outstanding liability for goods, services tax (GST), interest, penalties of Aujla Construction Ltd. at time struck from register of companies under British Columbia's Company Act (BCCA) — Whether limitation period in ETA, s. 323(5) preventing Minister from assessing respondents — Respondents ceasing to be directors when Company dissolved, court order restoring Company not reconstituting respondents as directors — Therefore, respondents entitled to resist assessments since issued after limitation period — Per Blais J.A. (dissenting): Because respondents failing to resign from Company before dissolution thereof, cannot benefit from two-year limitation period under ETA, s. 323.

Construction of Statutes — Assessments issued pursuant to Excise Tax Act, s. 323(1) for outstanding liability for goods, services tax (GST), interest, penalties of Aujla Construction Ltd. (Company) at time struck from register of companies under British Columbia Company Act — Company dissolved almost one year after assessments issued but restored to register of companies by means of court order pursuant to Company Act, s. 263 — Company Act, s. 262(2) providing company restored to register deemed to have continued in existence, not retroactively restoring corporate existence (i.e. directorships) — Explicit language required for court order to reconstitute directorships pursuant to Company Act, s. 263.

These were two appeals from a Tax Court of Canada decision allowing the respondents' appeals against assessments issued to them pursuant to subsection 323(1) of the *Excise Tax Act* (ETA) for the outstanding liability for goods and services tax (GST), interest and penalties of Aujla Construction Ltd. (the Company) at the time that it was struck from the register of companies under British Columbia's *Company Act* (BCCA), section 257

Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Cotisations établies en vertu de l'art. 323(1) de la Loi sur la taxe d'accise (la LTA) pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la Company Act de la Colombie-Britannique — Il s'agissait de savoir si le délai de prescription prévu à l'art. 323(5) de la LTA empêchait le ministre d'établir une cotisation à l'égard des intimés — Les intimés avaient cessé d'être des administrateurs de la société à la date de sa dissolution, l'ordonnance de la Cour rétablissant l'existence de la société n'a pas réintégré les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs — Les intimés avaient donc le droit de s'opposer aux cotisations étant donné qu'elles ont été établies après l'expiration du délai de prescription — Selon le juge Blais, J.C.A. (dissident) : Étant donné que les intimés n'ont pas remis leur démission avant la dissolution de la société, ils ne pouvaient pas invoquer le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 323 de la LTA.

Interprétation des lois — Cotisations établies en vertu de l'art. 323(1) de la Loi sur la taxe d'accise pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. (la société) en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la Company Act de la Colombie-Britannique — La société a été dissoute environ un an après la date de la cotisation, mais elle a été réinscrite au registre au moyen d'une ordonnance de la Cour en vertu de l'art. 263 de la Company Act — L'art. 262(2) de la Company Act dispose qu'une société est réputée avoir continué d'exister si elle est réinscrite au registre et n'a pas pour effet de rétablir rétroactivement l'existence en tant que personne morale de la société en question (en l'occurrence les fonctions d'administrateurs) — Un texte explicite est nécessaire pour que l'ordonnance de la Cour réintègre les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs en vertu de l'art. 263 de la Company Act.

Il s'agissait de deux appels visant la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli les appels interjetés par les intimés à l'encontre de cotisations établies à leur égard en vertu du paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* (la LTA) pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. (la société) en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des

for failure to file annual reports. The Minister assessed the company on March 20, 1998 and the company was dissolved on March 5, 1999. In an attempt to collect the amount owing, on February 20, 2003, the Minister applied to have the company restored to the register in accordance with subsection 262(1) of the BCCA. That same day, the Supreme Court of British Columbia issued an order (the court order) that restored the company to the register of companies for a two-year period. The Minister then commenced collection actions against the respondents given that they had been the directors of the company at the time the liability arose. The respondents objected to the assessments on the basis that they had ceased to be directors of the Company as of the date of its dissolution and the two-year limitation period in subsection 323(5) of the ETA, which ended on March 4, 2001, precluded the assessments. The Tax Court held that the respondents ceased to be directors of the Company when the dissolution occurred on March 5, 1999, because a dissolved company cannot have directors. It also stated that the court order did not have the effect of retroactively reinstating the respondents' directorships.

The issues were whether the court order had the effect of reconstituting the directorships of the respondents and whether the respondents could benefit from the limitation period in subsection 323(5) of the ETA to resist the assessments issued against them

Held (Blais J.A. dissenting), the appeals should be dismissed.

Per Ryer J.A. (Décary J.A. concurring): The applicable commercial law was that of British Columbia since the ETA did not provide any guidance with respect to the issue of the respondents' directorship. Moreover, it was the BCCA, as it stood at the time of the assessments, and not successor or predecessor legislation, that had to be considered.

It is not because the Company was dissolved involuntarily, pursuant to subsection 257(3) of the BCCA, that the respondents did not cease to be directors when this occurred. The question of whether the court order had the effect of retroactively reconstituting the directorships of the respondents turned on the interpretation of subsection 262(2) and section 263 of the BCCA. The deeming provision in subsection 262(2) of the BCCA, which provides that a company is deemed to have continued in existence if it is restored to the register, does not have the effect of retroactively reconstituting the corporate existence (in this case, the directorship of the respondents) of a company

sociétés en vertu de l'article 257 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique en raison de son défaut de produire des rapports annuels. Le ministre a établi un avis de cotisation à l'égard de la société le 20 mars 1998 et la société a été dissoute le 5 mars 1999. Afin de percevoir la somme due, le ministre a, le 20 février 2003, demandé en vertu du paragraphe 262(1) de la *Company Act* que l'inscription de la société soit rétablie au registre. Le même jour, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné (l'ordonnance de la Cour) que l'inscription de la société soit rétablie au registre des sociétés pour une période de deux ans. Le ministre a alors entamé des mesures de recouvrement contre les intimés parce qu'ils avaient été les administrateurs de la société au moment où la dette est née. Les intimés se sont opposés aux cotisations au motif qu'ils avaient cessé d'être des administrateurs de la société à la date de sa dissolution et que le délai de prescription de deux ans prévu au paragraphe 323(5) de la LTA, qui avait expiré le 4 mars 2001, empêchait le ministre d'établir les cotisations. La Cour de l'impôt a estimé que les intimés avaient cessé d'être des administrateurs de la société au moment de la dissolution de celle-ci, le 5 mars 1999, parce qu'une société qui a été dissoute ne peut pas avoir d'administrateurs. En outre, elle a aussi statué que l'ordonnance de la Cour n'avait pas pour effet de réintégrer rétroactivement les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si l'ordonnance de la Cour avait eu pour effet de réintégrer les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs et si les intimés pouvaient invoquer le délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA pour s'opposer aux cotisations qui ont été établies à leur égard.

Arrêt (le juge Blais, J.C.A., dissident), les appels doivent être rejetés.

Selon le juge Ryer, J.C.A. (juge Décary, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Les règles de droit commercial applicables étaient celles de la Colombie-Britannique parce que la LTA n'offrait aucune piste quant à la question des fonctions d'administrateurs des intimés. Qui plus est, il fallait tenir compte de la *Company Act*, telle qu'elle existait au moment des cotisations, et non la loi qui lui a succédé ou qui l'a précédée.

Ce n'est pas parce que la société a été dissoute involontairement en vertu du paragraphe 257(3) de la *Company Act* que les intimés n'ont pas cessé d'être des administrateurs à ce moment-là. La question de savoir si l'ordonnance de la Cour avait pour effet de réintégrer rétroactivement les intimés dans leurs fonctions d'administrateurs était tributaire de l'interprétation donnée au paragraphe 262(2) et à l'article 263 de la *Company Act*. La disposition déterminative du paragraphe 262(2) de la *Company Act*, qui dispose qu'une société est réputée avoir continué d'exister si elle est réinscrite au registre, n'a pas pour effet de rétablir rétroactivement l'exis-

that has been restored. Section 263 of the BCCA empowers the British Columbia Supreme Court to order both the retroactive restoration of the company and the retroactive reconstitution of directorships that were in place at the time of the dissolution of the company in question. In the present case, while the court order deemed the company to have continued in existence “as if its name had never been struck off”, it contained no mention whatsoever of the reconstitution of the directorships of the respondents, retroactively or otherwise. Therefore, the respondents were not reconstituted as directors of the company by virtue of the court order since there was no explicit language to that effect. They ceased to be directors of the company on the date of its dissolution and were thus entitled to resist the assessments made against them since those assessments were made after the limitation period provided for in subsection 323(5) of the ETA, which expired in March 2001.

Per Blais J.A. (dissenting): While no express mention of the restoration of the directors was made in the court order, it must nonetheless have the effect of restoring the respondents since they never ceased to hold office under any provision of the BCCA, the dissolution which is said to have ended their office as directors is deemed never to have occurred, and section 108 of the BCCA provides that a company must have at least one director.

The public policy argument in favour of not reinstating the respondents as directors could not be accepted. To find the respondents no longer responsible for the liabilities they evaded would allow them to profit from their negligence as directors when responsible directors who properly wind up their companies are not permitted to do so according to section 268 and following of the BCCA. The respondents’ failure to resign from the Company after they were informed of their failure to file annual reports and before the Company was dissolved resulted in their ban from benefiting from the two-year limitation period set out in section 323 of the *Excise Tax Act*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Companies Act*, R.S.B.C. 1924, c. 38.
Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 286(2), 287.
Company Act, R.S.B.C. 1996, c. 62, ss. 1(1) “director”, 108, 130, 257, 260, 262, 263, 268, 290.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2005, c. 30, s. 24), (2) (as

tence en tant que personne morale de la société en question (en l’occurrence les fonctions d’administrateurs des intimés). L’article 263 de la *Company Act* habilite la Cour suprême de la Colombie-Britannique à ordonner la réinscription rétroactive de la société et la réintégration rétroactive dans leurs fonctions des administrateurs qui étaient en poste au moment de la dissolution de la société en question. En l’espèce, bien que l’ordonnance de la Cour déclare que la société était réputée avoir continué d’exister « comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre », elle ne renfermait pas la moindre mention de la réintégration, rétroactive ou non, des intimés dans leurs fonctions d’administrateurs. Les intimés n’ont donc pas été réintégréés dans leurs fonctions d’administrateurs de la société aux termes de l’ordonnance de la Cour parce qu’il n’y avait pas de texte explicite en ce sens. Ils ont cessé d’être des administrateurs de la société à la date de dissolution et ils avaient donc le droit de s’opposer aux cotisations établies à leur endroit étant donné que ces cotisations ont été établies après l’expiration, en mars 2001, du délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA.

Le juge Blais, J.C.A. (dissident) : Bien qu’elle ne fasse aucune mention explicite de la réintégration des administrateurs, l’ordonnance de la Cour doit néanmoins avoir pour effet de réintégrer les intimés dans leurs fonctions étant donné qu’ils n’ont jamais cessé d’occuper leur poste au sens de l’une quelconque des dispositions de la *Company Act*. La dissolution qui aurait mis fin à leur mandat en tant qu’administrateurs est présumée n’avoir jamais eu lieu, et l’article 108 de la *Company Act* dispose qu’une société doit compter au moins un administrateur.

L’argument d’ordre public qui milite contre la réintégration des intimés dans leurs fonctions d’administrateurs ne pouvait pas être accepté. Conclure que les intimés n’étaient plus responsables des obligations auxquelles ils se sont soustraits reviendrait à leur permettre de profiter de la négligence dont ils se sont rendus coupables comme administrateurs alors que les articles 268 et suivants de la *Company Act* ne permettent pas aux administrateurs responsables qui liquident comme il se doit leur société d’agir de la sorte. L’omission des intimés de remettre leur démission de la société après avoir été avisé de leur défaut de produire les rapports annuels et avant la dissolution de la société les empêche de se prévaloir du délai de prescription de deux ans prévu à l’article 323 de la *Loi sur la taxe d’accise*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Companies Act*, R.S.B.C. 1924, ch. 38.
Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 286(2), 287.
Company Act, R.S.B.C. 1996, ch. 62, art. 1(1) « director », 108, 130, 257, 260, 262, 263, 268, 290.
Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 323(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2005,

enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2004, c. 25, s. 200), (4) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), (5) (as enacted *idem*).

ch. 30, art. 24), (2) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2004, ch. 25, art. 200), (4) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), (5) (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Natural Nectar Prod. Can. Ltd. v. Theodor, [1990] 5 W.W.R. 590; (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 394; 49 B.L.R. 56; 42 C.P.C. (2d) 4 (B.C.C.A.).

CONSIDERED:

Canada v. Kalef (1996), 39 C.B.R. (3d) 1; [1996] 2 C.T.C. 1; 96 DTC 6132 (F.C.A.); *Canada v. Wellburn*, [1995] 2 C.T.C. 196; (1995), 95 DTC 5417; 98 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *R. v. Gill* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 360; 52 C.C.C. (3d) 349; [1990] 2 C.T.C. 318 (Co. Ct.); *Shaw v. Hyde et al.* (1921), 61 D.L.R. 666 (B.C. Co. Ct.); *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94; (2003), 223 D.L.R. (4th) 17; 2003 DTC 5185; 2003 SCC 9; *Attorney General of British Columbia v. Royal Bank of Canada*, [1937] S.C.R. 459; [1937] 3 D.L.R. 393; *Canadian Sports Specialist Inc. v. Philippon* (1990), 66 D.L.R. (4th) 188 (B.C.S.C.); *Whittier Wood Products v. Vernon-Jarvis* (2003), 32 B.L.R. (3d) 149; 2003 BCPC 82; *Tymans, Ltd. v. Craven*, [1952] 1 All E.R. 613 (C.A.); *Glass v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2190; (1997), 98 DTC 1085 (T.C.C.); *Cadorette v. Canada*, 2008 TCC 416; *Sibbald Estate v. Boy Scouts of Canada (Edmonton Region) Foundation* (1978), 88 D.L.R. (3d) 99; [1978] 5 W.W.R. 123; 3 E.T.R. 1 (B.C.S.C.).

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEALS from a Tax Court of Canada decision ((2007), 45 B.L.R. (4th) 124; [2007] G.S.T.C. 187; 2008 GTC 136; 2007 TCC 764) allowing the respondents' appeals against assessments issued to them pursuant to subsection 323(1) of the *Excise Tax Act* for the outstanding liability for goods and services tax (GST), interest and penalties of Aujla Construction Ltd. at the time that it was struck from the register of companies under British Columbia's *Company Act* (BCCA). Appeals dismissed.

APPEARANCES

Bruce Senkpiel and *Lynn Burch* for appellant.
David R. Davies and *Natasha Reid* for respondents.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Natural Nectar Prod. Can. Ltd. v. Theodor, [1990] 5 W.W.R. 590; (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 394; 49 B.L.R. 56; 42 C.P.C. (2d) 4 (C.A. C.-B.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada c. Kalef, [1996] A.C.F. n° 269 (C.A.) (QL); *Canada c. Wellburn*, [1995] A.C.F. n° 971 (1^{re} inst.) (QL); *R. v. Gill* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 360; 52 C.C.C. (3d) 349; [1990] 2 C.T.C. 318 (C.c.); *Shaw v. Hyde et al.* (1921), 61 D.L.R. 666 (C.c. C.-B.); *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94; 2003 CSC 9; *Attorney General of British Columbia v. Royal Bank of Canada*, [1937] R.C.S. 459; [1937] 3 D.L.R. 393; *Canadian Sports Specialist Inc. v. Philippon* (1990), 66 D.L.R. (4th) 188 (C.S. C.-B.); *Whittier Wood Products v. Vernon-Jarvis* (2003), 32 B.L.R. (3d) 149; 2003 BCPC 82 (C.P. C.-B.); *Tymans, Ltd. v. Craven*, [1952] 1 All E.R. 613 (C.A.); *Glass c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 1020 (C.C.I.) (QL); *Cadorette c. Canada*, 2008 CCI 416; *Sibbald Estate v. Boy Scouts of Canada (Edmonton Region) Foundation* (1978), 88 D.L.R. (3d) 99; [1978] 5 W.W.R. 123; 3 E.T.R. 1 (C.S. C.-B.).

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. Toronto : Butterworths, 1994.

APPELS visant la décision (2007 CCI 764) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli les appels interjetés par les intimés à l'encontre de cotisations établies à leur égard en vertu du paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la *Company Act* de la Colombie-Britannique. Appels rejetés.

ONT COMPARU

Bruce Senkpiel et *Lynn Burch* pour l'appelante.
David R. Davies et *Natasha Reid* pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Thorsteinssons LLP, Vancouver, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] RYER J.A.: Two appeals (A-40-08 and A-41-08) were taken from a decision of Bowie J. (the Tax Court Judge) of the Tax Court of Canada ((2007), 45 B.L.R. (4th) 124), dated December 21, 2007, allowing the appeals of Amarjit and Harjinder Aujla, which were heard on common evidence, against assessments issued to them, pursuant to subsection 323(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2005, c. 30, s. 24] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the ETA), for the outstanding liability for goods and services tax (GST), interest and penalties of Aujla Construction Ltd. (the Company) at the time that it was struck from the register of companies under the *Company Act*, R.S.B.C. 1996, c. 62 (the BCCA), for failure to file annual reports.

[2] If a corporation fails to remit or pay certain amounts that are specified in subsection 323(1) of the ETA, that provision imposes a liability on the directors of the corporation, at the time of such failure, to pay the amounts (including interest on and penalties relating to those amounts) that should have been remitted or paid by the corporation. Subsection 323(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] of the ETA permits the Minister to assess the directors for the amount of the liability that has been imposed upon them under subsection 323(1) of the ETA. Subsection 323(5) [as enacted *idem*] of the ETA stipulates that an assessment pursuant to subsection 323(4) of the ETA cannot be made against a person more than two years after that person last ceased to be a director of the corporation.

[3] The issue in this appeal is whether the limitation period in subsection 323(5) of the ETA prevents the Minister from assessing the Aujla brothers for \$162 331.92, pursuant to subsection 323(1) of the ETA, in respect of the failure of the Company to remit GST and related

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.

Thorsteinssons LLP, Vancouver, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE RYER, J.C.A. : La Cour est saisie de deux appels (A-40-08 et A-41-08) visant la décision par laquelle le juge Bowie (le juge de la Cour de l'impôt) de la Cour canadienne de l'impôt (2007 CCI 764) a, le 21 décembre 2007, accueilli les appels interjetés par MM. Amarjit et Harjinder Aujla. Les appels, qui ont été entendus sur preuve commune, avaient été interjetés à l'encontre de cotisations établies à l'égard de MM. Aujla en vertu du paragraphe 323(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2005, ch. 30, art. 24] de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la LTA), pour des montants que devait Aujla Construction Ltd. (la société) en taxe sur les produits et services (TPS), en intérêts et en pénalités au moment où elle a été radiée du registre des sociétés en vertu de la *Company Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 62, en raison de son défaut de produire des rapports annuels.

[2] Les administrateurs de la société qui fait défaut de payer certains montants précisés au paragraphe 323(1) de la LTA sont solidairement tenus, avec la société, de payer ces montants ainsi que les intérêts et pénalités afférents. Le paragraphe 323(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] de la LTA permet au ministre d'établir une cotisation à l'égard des administrateurs pour le montant qui leur a été imposé en vertu du paragraphe 323(1) de la LTA. Le paragraphe 323(5) [édicte, *idem*] de la LTA précise que l'établissement de la cotisation prévue au paragraphe 323(4) de la LTA pour un montant payable par un administrateur se prescrit par deux ans après qu'il a cessé pour la dernière fois d'être administrateur.

[3] La question en litige dans le présent appel est de savoir si le délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA empêche le ministre d'établir, en vertu du paragraphe 323(1) de la LTA, une cotisation à l'égard des frères Aujla pour le montant de 162 331,92 \$

interest and penalties of a like or greater amount for reporting periods that ended prior to its dissolution, as provided for in section 257 of the BCCA, as a consequence of its failure to file annual reports.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[4] The relevant provision of the ETA is section 323. The relevant provisions of the BCCA are sections 1, 257, 262 and 263. These provisions are reproduced in Appendix A.

BACKGROUND

[5] The appeal in the Tax Court of Canada proceeded on an agreed statement of facts that is reproduced in the reasons of the Tax Court Judge. While the facts are non-contentious, it is useful to consider them briefly.

[6] The Minister assessed the Company for GST, interest and penalties in the amount of \$197 995.75 on March 20, 1998. Approximately one year after the date of that assessment, the Company was dissolved on March 5, 1999, for failure to file annual reports, in accordance with section 257 of the BCCA.

[7] In an attempt to collect the amount owing, on February 20, 2003, the Minister applied to have the Company restored to the register, pursuant to subsection 262(1) of the BCCA.

[8] On February 20, 2003, approximately five years after the assessment against the Company, the British Columbia Supreme Court issued an order (the Court order) that restored the Company to the register of companies under the BCCA for a two-year period. The record contains no explanation for the Minister's approximately five-year delay in pursuing the collection of the amount owing by the Company.

[9] The Court order reads as follows:

relativement au défaut de la société de remettre la TPS et les intérêts et pénalités afférents pour un montant analogue ou plus élevé au cours des périodes de déclaration qui ont pris fin avant la dissolution de la société, comme le prévoit l'article 257 de la *Company Act*, en raison du défaut de la société de produire les rapports annuels exigés.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[4] La disposition pertinente de la LTA est l'article 323. Les dispositions applicables de la *Company Act* sont les articles 1, 257, 262 et 263. Ces dispositions sont reproduites à l'annexe A.

CONTEXTE

[5] L'appel interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt a été instruit sur la base d'un exposé conjoint des faits, reproduit dans les motifs du juge de la Cour de l'impôt. Bien que les faits ne soient pas litigieux, il est utile de les examiner brièvement.

[6] Dans un avis de cotisation daté du 20 mars 1998, le ministre a établi à 197 995,75 \$ le montant de la TPS, des pénalités et des intérêts dus par la société. Environ un an après la date de la cotisation, le 5 mars 1999, la société a été dissoute en vertu de l'article 257 de la *Company Act* en raison de son défaut de produire des rapports annuels.

[7] En vue de percevoir la somme due, le ministre a, le 20 février 2003, demandé en vertu du paragraphe 262(1) de la *Company Act* que l'inscription de la société soit rétablie au registre.

[8] Le 20 février 2003, soit environ cinq ans après l'établissement de la cotisation visant la société, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné que l'inscription de la société soit rétablie au registre des sociétés pour une période de deux ans (l'ordonnance de la Cour). Le dossier ne renferme aucune explication quant à la raison pour laquelle le ministre a attendu environ cinq ans avant d'entreprendre des démarches en vue de recouvrer le montant dû par la société.

[9] Voici le texte de l'ordonnance de la Cour :

THIS COURT ORDERS that Aujla Construction Ltd. is restored to the Register of Companies for a period of not more than two (2) years, commencing on the date of the filing of a certified copy of this Order with the Registrar of Companies, for the purpose of enabling the Minister of National Revenue to facilitate the assessment and collection of the Goods and Services Tax debt owing by Aujla Construction Ltd. to the Receiver General for Canada.

THIS COURT FURTHER ORDERS that Aujla Construction Ltd. shall be deemed to have continued in existence as if its name had never been struck off the register and dissolved, without prejudice to the rights of any parties which may have been acquired prior to the date on which Aujla Construction Ltd. is restored to the Register of Companies.

[10] The Court order led to the issuance of a certificate of restoration by the British Columbia Registrar of Companies [Registrar], on March 6, 2003, that restored the Company to the register of companies under the BCCA for a two-year period.

[11] After the restoration of the Company, the Minister commenced collection actions against the Aujla brothers by third-party notices of assessment, dated September 4, 2003, on the basis of subsection 323(1) of the ETA, contending that they were vicariously liable for the amount that was assessed against the Company because they were directors of the Company at the time that the liability arose. That provision reads as follows:

323. (1) If a corporation fails to remit an amount of net tax as required under subsection 228(2) or (2.3) or to pay an amount as required under section 230.1 that was paid to, or was applied to the liability of, the corporation as a net tax refund, the directors of the corporation at the time the corporation was required to remit or pay, as the case may be, the amount are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation, to pay the amount and any interest on, or penalties relating to, the amount.

[12] The Aujla brothers objected to these assessments on the basis that they had ceased to be directors of the Company as of the date of its dissolution in March 1999, and the two-year limitation period in subsection 323(5), which ended on March 4, 2001, precluded the assessments. That provision reads as follows:

[TRANSLATION]

LA COUR ORDONNE que la société Aujla Construction Ltd. soit réinscrite au registre des sociétés pour une période n'excédant pas deux ans, à partir de la date de dépôt d'une copie certifiée conforme de la présente ordonnance auprès du registraire des sociétés, afin de permettre au ministre du Revenu national d'établir et de recouvrer le montant dû en taxe sur les produits et services par Aujla Construction Ltd. au Receveur général du Canada.

LA COUR ORDONNE EN OUTRE que la société Aujla Construction Ltd. soit réputée avoir continué d'exister comme si sa dénomination sociale n'avait jamais été radiée du registre et elle n'avait jamais été dissoute, sous réserve des droits qui peuvent avoir été acquis avant la date de la réinscription d'Aujla Construction Ltd. au registre des sociétés.

[10] À la suite de l'ordonnance de la Cour, le registraire des sociétés de la Colombie-Britannique a délivré un certificat qui, le 6 mars 2003, a eu pour effet de réinscrire pour une période de deux ans la société au registre des sociétés sous le régime de la *Company Act*.

[11] À la suite de la réinscription de la société au registre, le ministre a, en vertu du paragraphe 323(1) de la LTA, pris des mesures de recouvrement contre les frères Aujla au moyen d'avis de cotisation établis à l'égard de tiers datés du 4 septembre 2003 dans lesquels le ministre les tenait responsables du fait d'autrui jusqu'à concurrence du montant établi contre la société parce qu'ils étaient ses administrateurs au moment où la dette était née. Voici le texte de la disposition applicable :

323. (1) Les administrateurs d'une personne morale au moment où elle était tenue de verser, comme l'exigent les paragraphes 228(2) ou (2.3), un montant de taxe nette ou, comme l'exige l'article 230.1, un montant au titre d'un remboursement de taxe nette qui lui a été payé ou qui a été déduit d'une somme dont elle est redevable, sont, en cas de défaut par la personne morale, solidairement tenus, avec cette dernière, de payer le montant ainsi que les intérêts et pénalités afférents.

[12] Les frères Aujla se sont opposés à ces cotisations au motif qu'ils avaient cessé d'être des administrateurs de la société à la date de sa dissolution, en mars 1999, et que le délai de prescription de deux ans prévu au paragraphe 323(5), qui avait expiré le 4 mars 2001, empêchait le ministre d'établir les cotisations en question. Voici le texte de cette disposition :

323. (1) ...

(5) An assessment under subsection (4) of any amount payable by a person who is a director of a corporation shall not be made more than two years after the person last ceased to be a director of the corporation.

[13] The Minister justified the assessments on two bases. First, because the Company was dissolved as a consequence of its failure to file annual reports, and because they never formally resigned, the Aujla brothers never ceased to be directors. Secondly, because the Court order had the effect of retroactively restoring the Company as if there had been no dissolution, the Court order similarly must have retroactively reconstituted the directorships of the Aujla brothers. In either case, the Minister concluded that the two-year limitation in subsection 323(5) was not engaged. As a result, the assessments were confirmed and the Aujla brothers appealed against them to the Tax Court of Canada.

THE DECISION OF THE TAX COURT OF CANADA

[14] The Tax Court Judge held that the Aujla brothers ceased to be directors of the Company when the dissolution occurred on March 5, 1999, because a dissolved company cannot have directors.

[15] The Tax Court Judge then considered the effect of the Court order and concluded that it did not have the effect of retroactively reinstating the directorships of the Aujla brothers, as the Crown contended.

[16] The Tax Court Judge referred to subsections 262(1) and (2) and section 263 of the BCCA, which read as follows:

Restoration to register

262 (1) If a company has been dissolved, or the registration of an extraprovincial company has been cancelled under

323. (1) [...]

(5) L'établissement d'une telle cotisation pour un montant payable par un administrateur se prescrit par deux ans après qu'il a cessé pour la dernière fois d'être administrateur.

[13] Le ministre a invoqué deux motifs pour justifier les cotisations. Il a d'abord expliqué que la société avait été dissoute en raison de son défaut de produire des rapports annuels et que, comme ils n'avaient jamais officiellement remis leur démission, les frères Aujla n'avaient jamais cessé d'être administrateurs. Le ministre a ensuite expliqué que comme l'ordonnance de la Cour avait eu pour effet de rétablir rétroactivement l'existence de la société comme s'il n'y avait pas eu de dissolution, l'ordonnance de la Cour devait de la même façon avoir réintégré rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs. Dans un cas comme dans l'autre, le ministre a conclu que le délai de prescription de deux ans prévu au paragraphe 323(5) n'était pas en jeu. Les cotisations ont en conséquence été confirmées et les frères Aujla ont interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

[14] Le juge de la Cour de l'impôt a estimé que les frères Aujla avaient cessé d'être des administrateurs de la société au moment de la dissolution de celle-ci, le 5 mars 1999, parce qu'une société qui a été dissoute ne peut pas avoir d'administrateurs.

[15] Le juge de la Cour de l'impôt a ensuite examiné l'effet de l'ordonnance de la Cour et a conclu qu'elle n'avait pas pour effet de réintégrer rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs, contrairement à ce que soutenait Sa Majesté.

[16] Le juge de la Cour de l'impôt a cité les paragraphes 262(1) et 262(2) et l'article 263 de la *Company Act*, qui sont ainsi libellés :

[TRADUCTION]

Rétablissement de l'inscription

262 (1) Si une société a été dissoute, ou si l'inscription d'une société extraprovinciale a été annulée conformément

this Act or any former *Companies Act*, the court may, if it is satisfied that it is just that the company or extraprovincial company be restored to the register, not more than 10 years after the date of the dissolution or cancellation, on application by the liquidator, a member, a creditor of the company or extraprovincial company, or any other interested person, make an order, subject to the conditions and on the terms the court considers appropriate, restoring the company or extraprovincial company to the register.

- (2) If a company or an extraprovincial company is restored to the register under subsection (1), the company is deemed to have continued in existence, or the registration of the extraprovincial company is deemed not to have been cancelled, and proceedings may be taken as might have been taken if the company had not been dissolved, or the registration of the extraprovincial company had not been cancelled.

...

Power of court

263 In an order made under section 262, the court may give directions and make provisions it considers appropriate for placing the company or extraprovincial company and every other person in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved or the registration of the extraprovincial company cancelled, but, unless the court otherwise orders, the order is without prejudice to the rights of parties acquired before the date on which the company or extraprovincial company is restored to the register.

At paragraphs 13 and 14 of his reasons, the Tax Court Judge stated:

Subsection 262(1) permits the court to make an order restoring the company to the register “on the terms the court considers appropriate ...”. “Section 263 empowers the court “to give directions and make provisions it considers appropriate for placing the company ... and every other person in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved ...” (emphasis in original).

The effect of the order and the restoration of the company to the register, by the terms of subsection 262(2), is that the company is deemed to have continued in existence, and proceedings that might have been taken had there been no dissolution may be taken thereafter. Notably, the order of the court made no provision, as it might have done, to place the directors in the

à la présente loi ou une loi antérieure sur les sociétés par actions, le tribunal, s’il est convaincu qu’il est juste que la société ou la société extraprovinciale soit ré-inscrite au registre, au plus tard dix ans après la date de dissolution ou d’annulation, à la demande du liquidateur, d’un membre ou d’un créancier de la société ou de la société extraprovinciale, ou de toute autre personne intéressée, peut ordonner que la société ou la société extraprovinciale soit réinscrite au registre, suivant les modalités que le tribunal estime appropriées.

- (2) Si une société ou une société extraprovinciale est réinscrite au registre en vertu du paragraphe (1), elle est réputée avoir continué d’exister, ou l’inscription de la société extraprovinciale est réputée ne pas avoir été annulée, et des instances peuvent être intentées comme si la société n’avait pas été annulée.

[...]

Pouvoirs du tribunal

263 Dans le cas d’une ordonnance rendue en vertu de l’article 262, le tribunal peut donner des directives et prendre les mesures qu’il estime appropriées pour rétablir, dans la mesure du possible, la société ou la société extraprovinciale, ou toute autre personne, dans la position qu’elle aurait occupée s’il n’y avait pas eu dissolution de la société ou annulation de l’inscription de la société extraprovinciale, mais, à moins que le tribunal n’en décide autrement, l’ordonnance est rendue sous réserve des droits acquis avant la date à laquelle la société ou la société extraprovinciale est réinscrite au registre.

Aux paragraphes 13 et 14 de ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt a écrit :

Le paragraphe 262(1) permet au tribunal de rendre une ordonnance rétablissant l’inscription de la société au registre [TRADUCTION] « suivant les modalités que le tribunal estime appropriées ». L’article 263 confère au tribunal le pouvoir de [TRADUCTION] « donner des directives et de prendre les mesures qu’il estime appropriées pour rétablir, dans la mesure du possible, la société [...], ou toute autre personne, dans la position qu’elle aurait occupée s’il n’y avait pas eu dissolution de la société [...] » (je souligne).

Il résulte de l’ordonnance et du rétablissement de l’inscription de la société au registre, aux termes du paragraphe 262(2), que la société est réputée avoir continué d’exister et que les instances qui auraient pu être intentées s’il n’y avait pas eu dissolution peuvent être intentées par la suite. Il est intéressant de noter que l’ordonnance ne comporte aucune mesure, comme

same position as if the company had not been dissolved. The words of the order add nothing to the effects that flow automatically by reason of the words of the *Act* from the simple fact of restoration.

[17] The Tax Court Judge observed that it did not appear that the Crown advised the British Columbia Supreme Court that the order that it was requesting would be used to assess the Aujla brothers, as a consequence of their having been directors at the time when the tax liability of the Company arose, as they were apparently not given notice of the application to restore the Company.

[18] The Tax Court Judge further commented upon subsection 262(1) and section 263 of the BCCA, stating in paragraph 16 of his reasons:

As important as the words of the statute and the order are, the words omitted from them are equally important. I am asked, in effect, to conclude that by necessary implication the deeming provision in subsection 262(2) not only deems the company to have been in existence when in fact it was not, but also deems the directors to have been directors when in fact they were not. There is, for good reason, a presumption against expanding by interpretation the scope of retrospective legislation: see *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd Ed., pp. 511-17 and the authorities there cited. In the present case, there is an additional reason not to extend the deeming provision beyond the company to the directors. The British Columbia legislature, by enacting section 263, has given to the court hearing the restoration application the discretionary power to decide whether “other persons” are to be retrospectively affected by the restoration order, or are to have the benefit of the “without prejudice” clause in that section. The absence of a provision in the order placing the directors in the position for which the respondent contends, and the inclusion of the without prejudice provision in it, both are indicative of an intent that the directors are not to be, in effect, deemed to have been directors throughout the period during which the company was struck off. [Emphasis added.]

[19] Taking into consideration the fact that the British Columbia Supreme Court declined to exercise its discretion to include any “other persons” in the Court order,

elle aurait pu le faire, pour rétablir les administrateurs dans la position qu’ils auraient occupée si la société n’avait pas été dissoute. Les termes employés dans l’ordonnance n’ajoutent rien aux effets qui découlent automatiquement du libellé de la *Company Act* du simple fait du rétablissement de l’inscription.

[17] Le juge de la Cour de l’impôt a fait observer que, comme les frères Aujla n’avaient vraisemblablement pas reçu d’avis de la demande de réinscription au registre de la société, rien ne permettait de penser que Sa Majesté avait informé la Cour suprême de la Colombie-Britannique que l’ordonnance qu’elle réclamait servirait à établir une cotisation visant les frères Aujla en raison du fait qu’ils étaient administrateurs de la société au moment où la dette de celle-ci avait pris naissance.

[18] Le juge de la Cour de l’impôt a par ailleurs tenu les propos suivants au sujet du paragraphe 262(1) et de l’article 263 de la *Company Act*, au paragraphe 16 de ses motifs :

Les mots qui n’ont pas été dits dans la loi et dans l’ordonnance sont tout aussi importants que ceux qui l’ont été. On me demande, de fait, de conclure que, par déduction nécessaire, la disposition déterminative du paragraphe 262(2) prévoit non seulement que la société est réputée avoir continué d’exister au moment où elle n’existait pas en réalité, mais aussi que les administrateurs sont réputés avoir été administrateurs au moment où ils ne l’étaient pas en réalité. Il existe à juste titre une présomption à l’encontre de l’extension, par interprétation, de la portée d’une loi rétroactive : voir *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., aux pages 511 à 517, et les arrêts et la jurisprudence cités dans ces passages. Dans la présente affaire, il existe un motif additionnel de ne pas étendre la portée de la disposition déterminative au-delà de la société, à savoir aux administrateurs. L’assemblée législative de la Colombie-Britannique, en adoptant l’article 263, a conféré au tribunal chargé d’entendre la demande de rétablissement de l’inscription le pouvoir discrétionnaire de décider si d’« autres personnes » seront rétroactivement touchées par l’ordonnance de rétablissement de l’inscription ou s’ils pourront tirer avantage de la disposition de protection des droits acquis énoncée dans l’article. L’absence dans l’ordonnance d’une mesure rétablissant les administrateurs dans la position alléguée par l’intimée et la présence dans l’ordonnance d’une disposition de protection des droits acquis indiquent qu’il était voulu que les administrateurs ne soient pas, en fait, réputés avoir été administrateurs durant la période où la société était radiée. [Non souligné dans l’original.]

[19] Tenant compte du fait que la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait refusé d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait de décider que d’« autres

as well as the principle supporting a narrow construction of retroactive legislation, the Tax Court Judge concluded that the Court order did not, by implication, provide that the Aujla brothers were retroactively reconstituted as directors. As a result, he allowed the appeal.

ISSUES

[20] In the appeal, the Crown reiterated the arguments it made in the Tax Court of Canada in support of its contention that the limitation period in subsection 323(5) of the ETA was inapplicable in relation to the assessments that were issued to the Aujla brothers. First, the Crown contended that the Aujla brothers never ceased to be directors of the Company because they had not resigned from their positions as directors and the dissolution of the Company was the consequence of its having been struck off pursuant to section 257 of the BCCA. In the alternative, the Crown argued that if the Aujla brothers ceased to be directors of the Company by virtue of its dissolution, the Court order, which restored the Company to the register and deemed it to have continued in existence, had the effect of reconstituting the directorships of the Aujla brothers as if the dissolution of the Company had never occurred and they had never ceased to be directors.

[21] The Crown added a third argument. It asserted that by finding that the Aujla brothers were not retroactively reconstituted as directors, the Tax Court Judge implicitly found that they were prospectively reconstituted as directors for the two-year period that commenced on the date of the Court order. It follows, according to the Crown, that the September 4, 2003 assessments against the Aujla brothers could not be resisted on the basis of the limitation period in subsection 323(5) of the ETA because, at the time of those assessments, the Aujla brothers actually held the office of directors of the Company, having been reconstituted as directors as of the date of the Court order. In that regard, the Crown asserts that it is immaterial that the directorships of the

personnes » seraient rétroactivement touchées par l'ordonnance de la Cour, et tenant également compte du principe appuyant une interprétation plus étroite en matière de rétroactivité des lois, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'ordonnance de la Cour ne prévoyait pas implicitement que les frères Aujla étaient rétroactivement réintégrés dans leurs fonctions d'administrateurs. Il a en conséquence accueilli l'appel.

QUESTIONS À TRANCHER

[20] Dans son appel, Sa Majesté a repris les arguments qu'elle avait formulés devant la Cour canadienne de l'impôt à l'appui de sa prétention selon laquelle le délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA ne s'appliquait pas aux cotisations qui avaient été établies relativement aux frères Aujla. Sa Majesté a d'abord soutenu que les frères Aujla n'avaient jamais cessé d'être des administrateurs de la société parce qu'ils n'avaient pas démissionné de leurs postes d'administrateurs et que la dissolution de la société était la conséquence de sa radiation en vertu de l'article 257 de la *Company Act*. À titre subsidiaire, Sa Majesté a fait valoir que, si les frères Aujla avaient cessé d'être des administrateurs de la société par suite de sa dissolution, l'ordonnance de la Cour, qui a rétabli l'inscription de la société au registre et indiqué qu'elle était réputée avoir continué d'exister, avait eu pour effet de réintégrer les frères Aujla dans leurs fonctions comme si la dissolution de la société n'avait jamais eu lieu et qu'ils n'avaient jamais cessé d'être des administrateurs.

[21] Sa Majesté a ajouté un troisième argument. Elle a affirmé qu'en concluant que les frères Aujla n'avaient pas été réintégrés rétroactivement dans leurs fonctions d'administrateurs, le juge de la Cour de l'impôt a implicitement conclu qu'ils avaient été réintégrés prospectivement dans ces postes pour la période de deux ans qui avait commencé le jour du prononcé de l'ordonnance de la Cour. Suivant Sa Majesté, il s'ensuit que, le 4 septembre 2003, il n'était pas possible de s'opposer aux cotisations établies contre les frères Aujla en invoquant le délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA parce qu'au moment où les cotisations en question avaient été établies, les frères Aujla occupaient effectivement des postes d'administrateurs de la société, ayant

Aujla brothers had been interrupted between March 5, 1999, the day of the dissolution of the Company, and March 6, 2003, the day of its restoration.

[22] The Aujla brothers disagree with the Crown's contentions and add one of their own. They argue that even if the Court order had the effect of reconstituting their directorships as of the date of the restoration of the Company, the "without prejudice" language in subsection 263 of the BCCA and the Court order must be interpreted so as to preserve their right to assert the two-year limitation period in subsection 323(5) of the ETA as a basis upon which to resist the assessments that were made against them.

ANALYSIS

Provincial commercial law applies

[23] Both parties contend that the application of section 323 of the ETA is to be undertaken in light of the applicable provincial corporate law provisions, citing the decision of this Court in *Canada v. Kalef* (1996), 39 C.B.R. (3d) 1 (F.C.A.). In that decision, McDonald J.A. agreed with the reasoning of MacKay J. in *Canada v. Wellburn*, [1995] 2 C.T.C. 196 (F.C.T.D.) to the effect that the principles that apply to the question of whether a directorship has been terminated are to be determined under the applicable provincial law and that the answer to that question may vary from province to province. Specifically, at paragraph 15, McDonald J.A. stated:

I agree with the reasoning of MacKay J. While it may be open to Parliament to expressly deviate from the principles of corporate law for the purposes of the *Income Tax Act*, I do not think such an intention should be imputed.

[24] In my view, the provisions of the ETA do not provide any guidance with respect to whether the Aujla brothers ceased to be directors of the Company as a

été réintégrés dans leurs fonctions d'administrateurs à la date de l'ordonnance de la Cour. À cet égard, Sa Majesté affirme qu'il est sans importance que les mandats d'administrateurs des frères Aujla aient été interrompus entre le 5 mars 1999, date de la dissolution de la société, et le 6 mars 2003, date de sa réinscription au registre.

[22] Les frères Aujla ne sont pas d'accord avec les prétentions de Sa Majesté et ils font valoir leur propre argumentation. Ils soutiennent que, même si l'ordonnance de la Cour avait pour effet de les réintégrer dans leurs fonctions d'administrateurs à la date de la réinscription de la société au registre, les mots [TRADUCTION] « sous réserve de » à l'article 263 de la *Company Act* et l'ordonnance de la Cour doivent être interprétés de manière à protéger leur droit d'invoquer le délai de prescription de deux ans prévu au paragraphe 323(5) de la LTA pour s'opposer aux cotisations qui ont été établies à leur égard.

ANALYSE

Application du droit commercial provincial

[23] Les deux parties affirment qu'il faut entreprendre l'analyse de l'application de l'article 323 de la LTA à la lumière des dispositions provinciales applicables en matière de droit des sociétés, citant à l'appui l'arrêt de notre Cour *Canada c. Kalef*, [1996] A.C.F. n° 269 (C.A.) (QL). Dans cet arrêt, le juge McDonald a souscrit au raisonnement du juge MacKay dans la décision *Canada c. Wellburn*, [1995] A.C.F. n° 971 (1^{re} inst.) (QL), suivant lequel les principes qui s'appliquent à la question de savoir si un administrateur a cessé d'occuper son poste sont régis par les règles de droit provinciales applicables et que la réponse à cette question peut varier d'une province à l'autre. Plus précisément, au paragraphe 15, le juge McDonald a écrit :

Je souscris au raisonnement du juge MacKay. Bien qu'il puisse être loisible au législateur fédéral de s'écarter expressément des principes du droit des compagnies pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je ne crois pas que l'on doive lui imputer une telle intention.

[24] À mon avis, les dispositions de la LTA n'offrent aucune piste qui permettrait de savoir si les frères Aujla ont cessé d'être des administrateurs de la société par

consequence of its dissolution on March 5, 1999, or if their directorships terminated on the dissolution, whether the Court order had the effect of reconstituting those directorships, either retroactively or prospectively. These matters should be approached from the perspective of the applicable commercial law—in this case, the law of British Columbia.

[25] As recognized by the Courts in *Wellburn* and *Kalef*, the underlying commercial law may vary from province to province and, accordingly, its application may produce potentially different fiscal consequences in different provinces. For this reason, I am of the view that jurisprudence which interprets commercial law of jurisdictions other than British Columbia law is of limited relevance. Moreover, in the circumstances of this case, it is the BCCA—not successor or predecessor legislation—that must be considered. To that extent, caution must be exercised even when British Columbia legislation and jurisprudence are being considered.

Did the Aujla brothers ever cease to be directors of the Company?

[26] The Crown's proposition that the Aujla brothers did not cease to be directors when the Company was dissolved on March 5, 1999, because the dissolution occurred involuntarily, pursuant to subsection 257(3) of the BCCA, cannot be accepted. No authority for that proposition was shown. Indeed, the authorities presented to this Court pointed in the opposite direction. See *R. v. Gill* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 360 (Co. Ct.), at page 367; also see *Shaw v. Hyde et al.* (1921), 61 D.L.R. 666 (B.C. Co. Ct.), at page 670.

Did the Court order retroactively reconstitute the directorships of the Aujla brothers?

[27] The Crown's next argument is that even if the dissolution of the Company caused the directorships of the Aujla brothers to cease on March 5, 1999, the Court order had the effect of retroactively reconstituting those

suite de la dissolution de cette dernière le 5 mars 1999 ou si leur mandat a pris fin lors de la dissolution, et si l'ordonnance de la Cour a eu pour effet de les réintégrer dans leurs fonctions d'administrateurs et ce, rétroactivement ou prospectivement. Ces questions doivent être abordées du point de vue des règles de droit commercial applicables, en l'occurrence celles de la Colombie-Britannique.

[25] Ainsi que les tribunaux l'ont reconnu dans les décisions *Wellburn* et *Kalef*, les règles de droit commercial sous-jacentes peuvent varier d'une province à l'autre et, en conséquence, leur application risque d'entraîner des conséquences fiscales différentes selon la province concernée. Pour cette raison, je suis d'avis que la jurisprudence applicable pour interpréter les règles de droit commercial des provinces autres que la Colombie-Britannique est d'une utilité limitée. Qui plus est, eu égard aux circonstances de l'espèce, c'est la *Company Act* — et non la loi qui lui a succédé ou qui l'a précédée — dont il faut tenir compte. Pour cette raison, il convient de faire preuve de prudence, même lorsque l'on examine la législation et la jurisprudence de la Colombie-Britannique.

Les frères Aujla ont-ils jamais cessé d'être des administrateurs de la société?

[26] La thèse de Sa Majesté, suivant laquelle les frères Aujla n'ont pas cessé d'être des administrateurs de la société lorsque celle-ci a été dissoute le 5 mars 1999, parce que la dissolution a eu lieu involontairement, conformément au paragraphe 257(3) de la *Company Act*, ne peut être acceptée. Aucun précédent n'a été cité à l'appui de cette prétention. D'ailleurs, la jurisprudence qui nous a été soumise va dans le sens contraire (voir *R. v. Gill* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 360 (C.c.), à la page 367; voir également *Shaw v. Hyde et al.* (1921), 61 D.L.R. 666 (C.c. C.-B.), à la page 670).

L'ordonnance de la Cour a-t-elle eu pour effet de réintégrer rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs?

[27] Sa Majesté affirme ensuite que, même si la dissolution de la société s'est traduite par la cessation des mandats d'administrateurs des frères Aujla le 5 mars 1999, l'ordonnance de la Cour a eu pour effet de les

directorships such that, as a matter of law, those directorships never ceased. Consequently, according to the Crown, the two-year limitation period in subsection 323(5) of the ETA never commenced and was, therefore, no bar to the assessments of the Aujla brothers on September 4, 2003, because they were directors of the Company on that date.

[28] The Aujla brothers contend that the alleged retroactive reconstitution of their directorships is unfair as it deprives them of the benefit of the limitation period that is provided for in subsection 323(5) of the ETA. They point out that the assessments were made against them approximately five years after the assessment was made against the Company and that the Minister has “slept on his rights”. They cite the decision of the Supreme Court of Canada in *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94 and, in particular, paragraphs 19 and 20 of the decision of Major J., which reads as follows:

The appellant’s submission that the rationales for limitation periods militate against their application to tax collection cannot be correct. As noted above, limitation provisions are based upon what have been described as the certainty, evidentiary, and diligence rationales: see *M. (K.)*, *supra*, at p. 29. The certainty rationale recognizes that, with the passage of time, an individual “should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations”: *M. (K.)*, *supra*, at p. 29. The evidentiary rationale recognizes the desire to preclude claims where the evidence used to support that claim has grown stale. The diligence rationale encourages claimants “to act diligently and not ‘sleep on their rights’”: *M. (K.)*, *supra*, at p. 30.

Each of the rationales submitted as applicable to there being no limitation periods affecting collection are in fact just the opposite and are directly applicable to the Minister’s collection of tax debts. If the Minister makes no effort to collect a tax debt for an extended period, at a certain point a taxpayer may reasonably come to expect that he or she will not be called to account for the liability, and may conduct his or her affairs in reliance on that expectation. As well, a limitation period encourages the Minister to act diligently in pursuing the collection of tax debts. In light of the significant effect that collection of tax debts has upon the financial security of Canadian citizens, it is contrary to the public interest for the department to sleep on its rights in enforcing collection. It is evident that the rationales which justify the existence of limitation periods apply to the collection of tax debts.

réintégrer rétroactivement dans leurs fonctions de sorte qu’en droit, ils n’ont jamais cessé d’occuper leurs postes d’administrateurs. En conséquence, suivant Sa Majesté, le délai de prescription de deux ans prévu au paragraphe 323(5) de la LTA n’a jamais commencé à courir et il n’empêchait donc pas l’établissement d’une cotisation à l’endroit des frères Aujla le 4 septembre 2003, parce qu’ils étaient des administrateurs de la société à cette date.

[28] Les frères Aujla affirment que leur réintégration rétroactive dans leurs fonctions d’administrateurs est injuste étant donné qu’elle les prive de l’avantage du délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA. Ils soulignent que les cotisations ont été établies à leur endroit environ cinq ans après la cotisation visant la société et que le ministre a tardé à faire valoir ses droits. Ils citent l’arrêt *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94 de la Cour suprême du Canada, et en particulier les paragraphes 19 et 20 de la décision du juge Major :

L’argument de l’appelante que les justifications des délais de prescription militent contre leur application au recouvrement de créances fiscales ne peut être retenu. Les dispositions en matière de prescription reposent sur les justifications qui peuvent être décrites comme étant la certitude, la preuve et la diligence : voir *M. (K.)*, précité, p. 29. Pour ce qui est de la certitude, après un certain temps, un individu « devrait être raisonnablement certain qu’il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » : *M. (K.)*, précité, p. 29. En ce qui concerne la preuve, il faut écarter les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Enfin, quant à la diligence, les demandeurs sont encouragés « [à] agir[r] avec diligence et [à] ne “[pas] tarder[r] [...] à faire valoir leurs droits” » : *M. (K.)*, précité, p. 30.

Chacune des justifications invoquées à l’appui de l’argument selon lequel le recouvrement de créances fiscales n’est pas assujéti au délai de prescription se trouvent, en fait, être exactement en sens contraire et sont directement applicables au recouvrement par le ministre de créances fiscales. Si, pendant une longue période, le ministre ne fait aucun effort pour recouvrer une créance fiscale, le contribuable peut, un moment donné, raisonnablement en venir à penser ne plus être redevable de cette obligation, et gérer ses affaires en conséquence. En outre, un délai de prescription incite le ministre à agir avec diligence dans le recouvrement des créances fiscales. Vu les répercussions importantes que celui-ci a sur la sécurité financière des citoyens canadiens, le fait pour le ministère de tarder à exercer ses droits en matière de recouvrement est contraire à l’intérêt public. Il est évident que les justifications de l’existence

[29] In my view, the contention of the Aujla brothers is not without merit, considering that the Crown has offered no explanation for its delay in attempting to collect the amounts owed by the Company and that the Crown apparently did not give notice to the Aujla brothers of the application to restore the Company, when it was clear to the Crown that the Aujla brothers could be affected by the restoration. However, I am of the view that these contentions are more relevant to the question of whether the ability of the Aujla brothers to rely on the limitation period in subsection 323(5) of the ETA is a substantive right that is to be maintained by virtue of the “without prejudice” language in section 263 of the BCCA and the Court order.

[30] Thus, the question, at this point, is whether the Court order had the effect of retroactively reconstituting the directorships of the Aujla brothers. In my view, this question turns on the interpretation of subsection 262(2) and section 263 of the BCCA. Those provisions bear repeating.

262 (1) ...

- (2) If a company or an extraprovincial company is restored to the register under subsection (1), the company is deemed to have continued in existence, or the registration of the extraprovincial company is deemed not to have been cancelled, and proceedings may be taken as might have been taken if the company had been dissolved, or the registration of the extraprovincial company had not been cancelled.

...

263 In an order made under section 262, the court may give directions and make provisions it considers appropriate for placing the company or extraprovincial company and every other person in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved or the registration of the extraprovincial company cancelled, but, unless the court otherwise orders, the order is without prejudice to the rights of parties acquired before the date

de délais de prescription s'appliquent au recouvrement des créances fiscales.

[29] À mon avis, l'argument des frères Aujla n'est pas dénué de fondement, compte tenu du fait que Sa Majesté n'a offert aucune explication pour justifier son retard à tenter de recouvrer les sommes dues par la société et qu'elle n'a vraisemblablement pas informé les frères Aujla de l'existence de la demande visant à faire réinscrire la société au registre, alors que Sa Majesté savait pertinemment que les frères Aujla étaient susceptibles d'être touchés par la réinscription. J'estime toutefois que ces arguments se rapportent davantage à la question de savoir si la capacité des frères Aujla d'invoquer le délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA est un droit substantiel qui doit être préservé en raison des mots « sous réserve de » contenus à l'article 263 de la *Company Act* et de l'ordonnance de la Cour.

[30] La question, à cette étape-ci, est donc celle de savoir si l'ordonnance de la Cour a eu pour effet de réintégrer rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs. À mon avis, la réponse à cette question dépend de l'interprétation que l'on donne au paragraphe 262(2) et à l'article 263 de la *Company Act*. Il vaut la peine de citer à nouveau ces dispositions :

[TRADUCTION]

262 (1) [...]

- (2) Si une société ou une société extraprovinciale est réinscrite au registre en vertu du paragraphe (1), elle est réputée avoir continué d'exister, ou l'inscription de la société extraprovinciale est réputée ne pas avoir été annulée, et des instances peuvent être intentées comme si la société n'avait pas été annulée.

[...]

263 Dans le cas d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 262, le tribunal peut donner des directives et prendre les mesures qu'il estime appropriées pour rétablir, dans la mesure du possible, la société ou la société extraprovinciale, ou toute autre personne, dans la position qu'elle aurait occupée s'il n'y avait pas eu dissolution de la société ou annulation de l'inscription de la société extraprovinciale, mais, à moins que le tribunal n'en décide

on which the company or extraprovincial company is restored to the register.

[31] The Tax Court Judge concluded that the deeming provision in subsection 262(2) of the BCCA did not result in the retroactive reconstitution of the directorships of the Aujla brothers. He found that the power to bring about that result existed in section 263 of the BCCA but that the British Columbia Supreme Court did not exercise that power in making the Court order, since that order contained no reference to any such reconstitution and it was unacceptable to find such a reconstitution by implication.

[32] The Tax Court Judge observed that the Crown's contention that the directorships of the Aujla brothers should be regarded as having been implicitly reconstituted is inconsistent with the fact that they were given no notice of the Crown's application to restore the Company. He further supported his conclusion by reference to the general presumption against expanding, by interpretation, the scope of retroactive legislation, citing Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at pages 511-517.

[33] In my view, the Tax Court Judge was correct in his conclusion that the retroactive reconstitution of the Aujla brothers could only have arisen out of express language to that effect in the Court order.

[34] In addition to the reasons that were put forward by the Tax Court Judge, I find support for his conclusion in the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Natural Nectar Prod. Can. Ltd. v. Theodor*, [1990] 5 W.W.R. 590. In that case, the British Columbia Court of Appeal interpreted subsection 286(2) and section 287 of the *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59 (the former BCCA). Subsection 286(2) of the former BCCA is substantially similar to subsection 262(2) of the BCCA and section 287 of the former BCCA is identical to section 263 of the BCCA.

autrement, l'ordonnance est rendue sous réserve des droits acquis avant la date à laquelle la société ou la société extraprovinciale est réinscrite au registre.

[31] Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la disposition déterminative du paragraphe 262(2) de la *Company Act* n'avait pas pour effet de réintégrer rétroactivement les frères Aujla dans leurs fonctions d'administrateurs. Il a conclu que le pouvoir permettant d'obtenir un tel résultat était effectivement prévu à l'article 263 de la *Company Act*, mais que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'avait pas exercé ce pouvoir lorsqu'elle avait rendu son ordonnance, étant donné qu'on ne trouvait dans cette ordonnance aucune allusion à une telle réintégration et qu'il était inacceptable de conclure à une telle réintégration de manière implicite.

[32] Le juge de la Cour de l'impôt a fait observer que l'argument de Sa Majesté suivant lequel il fallait considérer que les frères Aujla avaient été implicitement réintégrés dans leurs postes d'administrateurs était incompatible avec le fait qu'ils n'avaient pas été avisés de la demande présentée par Sa Majesté en vue de faire réinscrire la société au registre. Il a étayé sa conclusion en rappelant la présomption à l'encontre de l'extension, par interprétation, de la portée d'une loi rétroactive, citant, à cet égard Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto : Butterworths, 1994, aux pages 511 à 517.

[33] À mon avis, c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les frères Aujla ne pouvaient être réintégrés rétroactivement dans leurs fonctions d'administrateurs que si l'ordonnance de la Cour le prévoyait expressément.

[34] En plus des motifs donnés par le juge de la Cour de l'impôt, je trouve un appui pour sa conclusion dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Natural Nectar Prod. Can. Ltd. v. Theodor*, [1990] 5 W.W.R. 590. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique interprétait le paragraphe 286(2) et l'article 287 de la *Company Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 59 (l'ancienne *Company Act*). Le paragraphe 286(2) de l'ancienne *Company Act* est en grande partie semblable au paragraphe 262(2) de la *Company Act* actuelle et l'article 287 de l'ancienne *Company Act* est identique à l'article 263 de la *Company Act* actuelle.

[35] The central issue in that case was whether the deeming provision in subsection 286(2) of the former BCCA had the effect of retroactively restoring the corporate existence of the company in question, as was contended by the respondent. Since this is a decision of the highest court in British Columbia that bears directly upon the issue that is before this Court in the present appeal, it is worthwhile to reproduce the relevant portion of the decision. In particular, at pages 594 and 595, Hinkson J.A. stated:

In the present case, the order made restoring the company to the Register of Companies on 27th February 1989 provided:

THIS COURT ORDERS that Natural Nectar Products Canada Ltd. be and the same is hereby restored to the Registrar of Companies commencing on the date of the filing of a certified copy of this Order with the Registrar of Companies and that the said company shall be deemed to have continued in existence, without prejudice, however, to the rights of any parties which may have been acquired prior to the date on which the Company is restored to the Register.

In drawing the form of order counsel for the respondent inserted the words after "... continued in existence" the words "as if its name had never been struck off" but the judge did not include those words in the order made by him. In my opinion, it was open to him to do so if he considered it appropriate in the circumstances. He would then have been exercising a power conferred by s. 287. But he did not do so.

Counsel for the respondent relied upon the deeming provision in s. 286 and contended that legislation containing deeming clauses has been determined to have retrospective effect in the following cases: *A.G.B.C. v. Royal Bank of Can.*, [1937] S.C.R. 459, [1937] 3 D.L.R. 393; *Culchoe Nu Lodge (1980) Ltd. v. Cando Contr. Ltd.* (1986), 73 A.R. 342 (M.C.); *Montreal Trust Co. v. Boy Scouts of Can. (Edmonton Region) Foundation*, [1978] 5 W.W.R. 123, 3 E.T.R. 1, 88 D.L.R. (3d) 99 (B.C.S.C.); *Home Mtge. Ltd. v. Robertson*, [1988] 4 W.W.R. 260, 68 Sask. R. 274 (Q.B.); and *Zangelo Invt. Ltd. v. Glasford State Inc.* (1987), 59 O.R. (2d) 510, 38 D.L.R. (4th) 395, affirmed 63 O.R. (2d) 510, 49 D.L.R. (4th) 320 (C.A.).

Each of those cases dealt with statutory sections which differ from the present provisions of ss. 286 and 287 of the Company Act.

In my opinion, the deeming provision in s. 286 was inserted in the section to overcome the problems that would otherwise

[35] La question centrale en litige dans cette affaire était celle de savoir si la disposition déterminative du paragraphe 286(2) de l'ancienne *Company Act* avait pour effet de rétablir rétroactivement l'existence en tant que personne morale de la société en question, comme le prétendait l'intimé. Comme il s'agit d'une décision qui émane de la plus haute juridiction de la Colombie-Britannique et qui porte directement sur la question soumise à la Cour dans le présent appel, il vaut la peine de reproduire l'extrait pertinent de cet arrêt. Aux pages 594 et 595, le juge Hinkson a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'ordonnance rétablissant l'inscription de la société au registre des sociétés le 27 février 1989 prévoyait ce qui suit :

LA COUR ORDONNE que la société Natural Nectar Products Canada Ltd. soit réinscrite au registre des sociétés à partir de la date de dépôt d'une copie certifiée conforme de la présente ordonnance auprès du registrateur des sociétés et que la société soit réputée avoir continué d'exister, sous réserve des droits qui peuvent avoir été acquis avant la date de la réinscription de la société au registre des sociétés.

En rédigeant le projet d'ordonnance, l'avocat de l'intimé a, après les mots « continué d'exister » inséré les mots « comme si sa dénomination sociale n'avait jamais été radiée du registre », mais le juge n'a pas inclus ces mots dans son ordonnance. À mon avis, il lui aurait été loisible de le faire s'il l'avait jugé à propos eu égard aux circonstances. Il aurait alors exercé un pouvoir que lui confère l'article 287. Mais il ne l'a pas fait.

L'avocat de l'intimé a invoqué la disposition déterminative de l'article 286 pour signaler que, dans les décisions suivantes, il avait été jugé que les lois qui renferment des dispositions déterminatives ont un effet rétroactif : *A.G.B.C. c. Royal Bank of Can.*, [1937] R.C.S. 459, [1937] 3 D.L.R. 393; *Culchoe Nu Lodge (1980) Ltd. v. Cando Contr. Ltd.* (1986), 73 A.R. 342 (M.C.); *Montreal Trust Co. v. Boy Scouts of Can. (Edmonton Region) Foundation*, [1978] 5 W.W.R. 123, 3 E.T.R. 1, 88 D.L.R. (3d) 99 (C.S.C.-B.); *Home Mtge. Ltd. v. Robertson*, [1988] 4 W.W.R. 260, 68 Sask. R. 274 (Q.B.); et *Zangelo Invt. Ltd. v. Glasford State Inc.* (1987), 59 O.R. (2d) 510, 38 D.L.R. (4th) 395, confirmé par 63 O.R. (2d) 510, 49 D.L.R. (4th) 320 (C.A.).

Chacune de ces affaires portait sur des articles qui étaient différents des dispositions actuelles des articles 286 et 287 de la *Company Act*.

À mon avis, la disposition déterminative de l'article 286 a été insérée pour éviter le problème qui se présenterait sinon

arise when a company was struck from the register and subsequently restored to the register. As Jenkins L.J. observed in the *Tymans* case at p. 622:

Otherwise obvious difficulties as to incorporation, membership, share capital, and so forth would arise, and if the resuscitated company was brought into being as a legal entity distinct from the dissolved one, claims by and against the resuscitated company in respect of the pre-dissolution dealings of the dissolved company would not be maintainable.

The purpose in inserting the deeming provision was to avoid those problems and to avoid any suggestion that the company had not been revived by being restored to the register.

Upon the basis of that reasoning, however, I do not conclude that s. 286 should be given retrospective operation. Rather, such an effect can be given to the order restoring the company to the register if the court gives appropriate directions under s. 287 for placing the company “in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved ...”

In my opinion, that would have been the effect of the order restoring the company to the register if the words “as if its name had never been struck off” had been contained in the order.

Construing the order as it was entered, in my opinion, it does not have the effect of placing the company in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved. [Emphasis added.]

[36] In my view, this passage makes it clear that the deeming provision in subsection 286(2) of the former BCCA, and therefore subsection 262(2) of the BCCA, does not have the effect of retroactively reconstituting the corporate existence of a company that has been restored. Instead, that result can only be brought about by the inclusion in the order of express language to that effect, in accordance with the exercise of the power contained in section 287 of the former BCCA, or subsequently, section 263 of the BCCA. Thus, a restoration order that does not contain the requisite language will have the effect of restoring the company in question on a prospective and not a retroactive basis.

lorsqu’une société a été radiée du registre et qu’elle est par la suite réinscrite au registre. Ainsi que le lord juge Jenkins l’a fait observer dans l’arrêt *Tymans*, à la page 622 :

Des difficultés par ailleurs évidentes portant notamment sur la constitution en personne morale, la qualité de membre et le capital-actions surgiraient et, si la société reconstituée reprenait vie sous la forme d’une entité juridique distincte de celle de la société dissoute, les prétentions formulées par la société reconstituée ou contre elle relativement aux opérations réalisées avant sa dissolution seraient irrecevables.

La raison d’être de l’insertion de la disposition déterminative était d’éviter ces problèmes, ainsi que toute idée que la réinscription de la société au registre n’a pas eu pour effet de la faire revivre.

Suivant ce raisonnement, je ne conclus cependant pas que l’on doit donner un effet rétroactif à l’article 286. Cet effet ne peut être attribué à l’ordonnance réinscrivant la société au registre que si le tribunal donne, en vertu de l’article 287, des directives appropriées en vue de remettre la société « dans la même position, autant que possible, que celle dans laquelle elle se trouverait si elle n’avait pas été dissoute [...] »

À mon avis, tel aurait été l’effet de l’ordonnance réinscrivant la société au registre si on avait trouvé les mots « comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre » dans l’ordonnance.

Si l’on interprète l’ordonnance en fonction de son libellé final, force est d’admettre, à mon avis, qu’elle n’a pas pour effet de remettre la société dans la même position, autant que possible, que celle dans laquelle elle se trouverait si elle n’avait pas été dissoute. [Non souligné dans l’original.]

[36] J’estime qu’il ressort clairement de ce passage que la disposition déterminative du paragraphe 286(2) de l’ancienne *Company Act* et, par voie de conséquence, le paragraphe 262(2) de la *Company Act*, n’ont pas pour effet de rétablir rétroactivement l’existence de la société qui a été réinscrite. On ne peut parvenir à ce résultat qu’en insérant des dispositions expresses en ce sens dans le texte de l’ordonnance conformément à l’exercice du pouvoir contenu à l’article 287 de l’ancienne *Company Act* ou, subséquemment, conformément à l’article 263 de la *Company Act*. Ainsi, l’ordonnance portant réinscription au registre qui ne renferme pas les mots requis aura pour effet de faire revivre la société en question pour l’avenir et non pour le passé.

[37] In applying the rationale in *Natural Nectar* to the issue at hand, it is my view that section 263 of the BCCA empowers the British Columbia Supreme Court to order the retroactive reconstitution of directorships that were in place at the time of the dissolution of the company in question, since each person who was then a director would fall within the meaning of the phrase “other person” in section 263 of the BCCA. However, I am also of the view that since explicit language in a restoration order is necessary to bring about a retroactive restoration of a company, exercising a power granted under section 263 of the BCCA (as was the conclusion of the Court in *Natural Nectar*), it must follow that the retroactive reconstitution of the directorships that existed at the date of the dissolution of the company in question equally requires the inclusion of explicit language to that effect in the restoration order, in the exercise of the power granted under that statutory provision.

[38] In the circumstances under consideration, the Court order deemed the Company to have continued in existence “as if its name had never been struck off”. In my view, this language evidences the specific exercise of the power granted to the British Columbia Supreme Court under section 263 of the BCCA to retroactively restore the corporate existence of the Company. However, the Court order contains no mention whatsoever of the reconstitution of the directorships of the Aujla brothers, retroactively or otherwise, as it surely could have. Accordingly, I am of the view that the Court order had no such effect and the Aujla brothers were not reconstituted as directors of the Company by virtue of the Court order.

[39] I wish to reiterate that this conclusion is based upon the particular provisions of the BCCA that were in force at the time of the assessments against the Aujla brothers, as such provisions have been interpreted in the relevant jurisprudence. It is clear that British Columbia corporate law has evolved over time. See *Attorney General*

[37] Appliquant le raisonnement suivi dans l’arrêt *Natural Nectar* à la question qui nous occupe, j’estime que l’article 263 de la *Company Act* habilite la Cour suprême de la Colombie-Britannique à ordonner la réintégration rétroactive dans leurs fonctions des administrateurs qui étaient en poste au moment de la dissolution de la société en question, étant donné que chaque personne qui était administrateur à cette époque répondrait alors à la définition de l’expression [TRADUCTION] « toute autre personne » employée à l’article 263 de la *Company Act*. J’estime toutefois aussi que, comme il est nécessaire que l’ordonnance de rétablissement de l’inscription contienne des termes explicites pour obtenir une réinscription rétroactive de la société lorsqu’on exerce un des pouvoirs conférés par l’article 263 de la *Company Act* (ainsi que la Cour l’a conclu dans *Natural Nectar*), il doit s’ensuire que la réintégration rétroactive des administrateurs dans les postes qu’ils occupaient à la date de la dissolution de la société exige aussi l’inclusion d’un texte explicite en ce sens dans l’ordonnance de rétablissement conformément au pouvoir conféré par la disposition législative en question.

[38] Eu égard aux faits de l’espèce, l’ordonnance de la Cour déclarait que la société était réputée avoir continué d’exister [TRADUCTION] « comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre ». À mon avis, l’emploi de ces mots témoigne de l’exercice spécifique du pouvoir conféré à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l’article 263 de la *Company Act* en vue de rétablir rétroactivement l’existence de la société en tant que personne morale. Toutefois, l’ordonnance de la Cour ne renferme pas la moindre mention de la réintégration, rétroactive ou non, des frères Aujla dans leurs fonctions d’administrateurs, comme elle aurait certainement pu le faire. Je suis par conséquent d’avis que l’ordonnance de la Cour n’a pas eu cet effet et que les frères Aujla n’ont pas été réintégrés dans leurs fonctions d’administrateurs de la société aux termes de l’ordonnance de la Cour.

[39] Je tiens à répéter que cette conclusion repose sur les dispositions particulières de la *Company Act* qui étaient en vigueur au moment des cotisations établies au sujet des frères Aujla, étant donné que ces dispositions ont été interprétées dans les décisions applicables. Il est évident que les règles de droit relatives aux sociétés ont

of *British Columbia v. Royal Bank of Canada*, [1937] S.C.R. 459, in which the Court considered the restoration of a company that had been struck off the register pursuant to the *Companies Act*, R.S.B.C. 1924, c. 38. Under the applicable provisions of that legislation, the restoration had retroactive effect that did not depend upon the exercise of judicial discretion. This is in marked contrast to the corresponding provisions of the former BCCA, as interpreted in *Natural Nectar*, and the BCCA that is under consideration in this appeal. Thus, it may be observed that even within the same province, the relevant corporate legislation may change over time, with the result that the fiscal consequences of similar transactions or events may differ depending upon the specific provisions of such corporate legislation at the time that such transactions or events take place.

[40] I would add that the retroactively reconstituted existence of the Company without the retroactive reconstitution of the directorships that were in place at the time of its dissolution might appear to be problematic in that, without directors, the Company would seemingly be unable to function. In the circumstances under consideration, this potential concern does not arise since the record does not contain any indication that the Company undertook or desired to undertake any activities after the date of its dissolution on March 5, 1999. If the shareholders of the Company had considered it to be useful for the Company to have undertaken any activity after its restoration, they could have passed a resolution under which directors could have been elected. I would hasten to add that this is not a case in which any person who held the office of director prior to the dissolution of a company, pursuant to subsection 257(3) of the BCCA, continued to act as if the directorship of that person had persisted in spite of such dissolution. In those circumstances, I would observe that the definition of “director” in subsection 1(1) of the BCCA includes “every person, by whatever name designated, who performs functions of a director”. Thus, if such a company were retroactively reconstituted and a person who was a director immediately before the dissolution continued to perform functions of a director of that company in the period after the dissolution, that

évolué avec le temps en Colombie-Britannique (voir l’arrêt *Attorney General of British Columbia v. Royal Bank of Canada*, [1937] R.C.S. 459, dans lequel la Cour s’est penchée sur la réinscription au registre d’une société qui avait été radiée du registre conformément à la *Companies Act*, R.S.B.C. 1924, ch. 38). Aux termes des dispositions applicables de cette loi, la réinscription avait un effet rétroactif qui ne dépendait pas de l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Ces dispositions différaient singulièrement des dispositions correspondantes de l’ancienne *Company Act* interprétées dans *Natural Nectar* et de celles de la *Company Act* qui sont à l’examen dans le présent appel. On peut donc constater que, même sur le territoire d’une même province, les dispositions législatives applicables portant sur les sociétés peuvent changer avec le temps, de sorte que les incidences fiscales de faits ou d’opérations semblables peuvent être différentes selon les dispositions précises de la loi sur les sociétés qui s’appliquent au moment des faits ou des opérations en cause.

[40] Je tiens à ajouter que le fait de faire revivre rétroactivement une société sans réintégrer rétroactivement dans leurs fonctions les administrateurs qui étaient en poste au moment de sa dissolution pourrait sembler problématique, en ce sens que, sans administrateurs, la société ne pourrait vraisemblablement pas fonctionner. Eu égard aux circonstances de l’espèce, cette préoccupation éventuelle ne se pose pas étant donné qu’on ne trouve au dossier aucun indice permettant de penser que la société a entrepris ou qu’elle souhaitait entreprendre des activités après la date de sa dissolution, le 5 mars 1999. Si les actionnaires de la société avaient jugé utile pour la société de se livrer à des activités après sa réinscription au registre, ils auraient pu adopter une résolution prévoyant l’élection d’administrateurs. Je m’empresse d’ajouter qu’il ne s’agit pas d’un cas dans lequel la personne qui occupait le poste d’administrateur avant la dissolution de la société, au sens du paragraphe 257(3) de la *Company Act*, a continué à agir comme si elle était demeurée administrateur malgré la dissolution. Dans ces conditions, je signale qu’aux termes de la définition du terme [TRADUCTION] « administrateur » (*director*) que l’on trouve au paragraphe 1(1) de la *Company Act*, [TRADUCTION] « est assimilé à un administrateur toute personne, indépendamment du nom sous lequel elle est désignée, qui exécute les fonctions d’un administrateur ».

person's actions might well be sufficient to bring that person within the definition of "director" in subsection 1(1) of the BCCA. In the circumstances of this case, these considerations are academic since there is no indication that the Aujla brothers undertook any actions after March 5, 1999, that could bring them within the definition of "director" in subsection 1(1) of the BCCA or that any action by or on behalf of the Company occurred or was contemplated.

Did the Court order prospectively reconstitute the directorships of the Aujla brothers?

[41] With respect to the Crown's final argument that the Tax Court Judge implicitly found that the Aujla brothers were reconstituted as directors of the Company as of the date of the Court order, in my view, the Tax Court Judge made no such finding. Accordingly, that argument cannot be accepted.

Conclusion

[42] In summary, I conclude that the Aujla brothers ceased to be directors of the Company on March 5, 1999, the date of its dissolution, and were not reconstituted as directors by the Court order (retroactively or otherwise). As such, it follows that they are entitled to resist the assessments made against them on September 4, 2003, since those assessments were made after the limitation period provided for in subsection 323(5) of the ETA, which expired in March of 2001. It also follows that it is unnecessary for me to consider the effect of the "without prejudice" language in section 263 of the BCCA and the Court order.

Ainsi, si une telle société était reconstituée rétroactivement et qu'une personne qui en était un administrateur immédiatement avant sa dissolution continuait à exécuter les fonctions d'un administrateur de la société en question au cours de la période suivant la dissolution, les agissements de cette personne pourraient être suffisants pour faire en sorte qu'elle réponde à la définition du terme [TRADUCTION] « administrateur » au paragraphe 1(1) de la *Company Act*. Eu égard aux circonstances de l'espèce, ces considérations sont théoriques étant donné que rien ne permet de penser que les frères Aujla ont, après le 5 mars 1999, accompli quelque acte que ce soit qui serait susceptible de leur permettre de répondre à la définition du terme « administrateur » prévue au paragraphe 1(1) de la *Company Act* ou encore que l'on ait accompli ou envisagé d'accomplir quelque acte que ce soit au nom de la société.

L'ordonnance de la Cour a-t-elle eu pour effet de réintégrer prospectivement les frères Aujla dans leurs postes d'administrateurs?

[41] En ce qui concerne l'argument final de Sa Majesté suivant lequel le juge de la Cour de l'impôt a implicitement conclu que les frères Aujla avaient été réintégrés dans leurs fonctions d'administrateurs de la société à la date de l'ordonnance de la Cour, je suis d'avis que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas tiré cette conclusion. Cet argument est par conséquent rejeté.

Conclusion

[42] En résumé, je conclus que les frères Aujla ont cessé d'être des administrateurs de la société le 5 mars 1999, date de la dissolution de la société, et que l'ordonnance de la Cour n'a pas eu pour effet de les réintégrer (rétroactivement ou autrement) dans leurs fonctions d'administrateurs. Il s'ensuit donc qu'ils ont le droit de s'opposer aux cotisations établies à leur endroit le 4 septembre 2003, étant donné que ces cotisations ont été établies après l'expiration, en mars 2001, du délai de prescription prévu au paragraphe 323(5) de la LTA. Il s'ensuit également qu'il n'est pas nécessaire que j'examine les incidences des mots [TRADUCTION] « sous réserve de » à l'article 263 de la *Company Act* et de l'ordonnance de la Cour.

DISPOSITION

[43] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeals with one set of costs. I would also direct that a copy of these reasons should be placed in each of Court files A-40-08 and A-41-08.

DÉCARY J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

BLAIS J.A. (dissenting):

INTRODUCTION

[44] This is an appeal from (2007), 45 B.L.R. (4th) 124, a judgment rendered by Justice Bowie of the Tax Court of Canada dated December 21, 2007.

[45] Generally at issue is whether Amarjit Aujla and Harjinder Aujla (Aujla brothers) can be held personally liable, as directors of the recently restored Aujla Construction Ltd. (the Company), for taxes in the amount of \$197 995.75 owed under the *Excise Tax Act*.

[46] Specifically at issue is whether Aujla brothers can be imputed with personal obligations as directors despite the absence of any mention of the Aujla brothers in the February 2003 order issued by the British Columbia Supreme Court (the Court order) that restored the Company.

[47] I will rely on the facts as presented by the Tax Court Judge and my colleague in lieu of reproducing them here.

[48] I have had the benefit of reading the reasons prepared by my colleague and respectfully disagree.

DISPOSITIF

[43] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter les appels et de n'accorder qu'un seul mémoire de dépens. J'ordonnerais également qu'une copie des présents motifs soit versée dans chacun des dossiers de la Cour, soit les dossiers A-40-08 et A-41-08.

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

* * *

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

LE JUGE BLAIS, J.C.A. (dissident) :

INTRODUCTION

[44] La Cour est saisie de l'appel d'un jugement (2007 CCI 764) rendu par le juge Bowie de la Cour canadienne de l'impôt le 21 décembre 2007.

[45] De façon générale, le débat porte sur la question de savoir si Amarjit Aujla et Harjinder Aujla (les frères Aujla) peuvent être tenus personnellement responsables, en tant qu'administrateurs d'une société qui a récemment été réinscrite au registre, Aujla Construction Ltd. (la société), d'un montant de 197 995,75 \$ en taxes dues en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[46] Plus précisément, le débat porte sur la question de savoir si l'on peut obliger les frères Aujla à répondre personnellement de cette dette en tant qu'administrateurs malgré le fait que leur nom ne figure pas dans l'ordonnance de février 2003 (l'ordonnance de la Cour) par laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a réinscrit la société au registre des sociétés.

[47] Je m'en remets à l'exposé des faits du juge de la Cour de l'impôt et à celui de mon collègue au lieu de relater à nouveau les faits.

[48] J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par mon collègue, mais je dois, en toute déférence, me dissocier de la décision qu'il propose.

ANALYSIS

[49] The determination of any obligations potentially owed by the Aujla brothers is premised on the Court order, the federal *Excise Tax Act* and the *Company Act* of British Columbia.

[50] The Court order reads as follows:

THIS COURT ORDERS that Aujla Construction Ltd. is restored to the Register of Companies for a period of not more than two (2) years, commencing on the date of the filing of a certified copy of this Order with the Registrar of Companies, for the purpose of enabling the Minister of National Revenue to facilitate the assessment and collection of the Goods and Services Tax debt owing by the Company to the Receiver General of Canada.

THIS COURT FURTHER ORDERS that Aujla Construction Ltd. shall be deemed to have continued in existence as if its name had never been struck off the register and dissolved, without prejudice to the rights of any parties which may have been acquired prior to the date on which the Company is restored to the Register of Companies.

[51] The power to restore a company through a court order is found in provisions 262 and 263 of the British Columbia *Company Act*, R.S.B.C. 1996 c. 62:

262 (1) If a company has been dissolved, or the registration of an extraprovincial company has been cancelled under this Act or any former Companies Act, the court may, if it is satisfied that it is just that the company or extraprovincial company be restored to the register, not more than 10 years after the date of the dissolution or cancellation, on application by the liquidator, a member, a creditor of the company or extraprovincial company, or any other interested person, make an order, subject to the conditions and on the terms the court considers appropriate, restoring the company or extraprovincial company to the register.

(2) If a company or an extraprovincial company is restored to the register under subsection (1), the company is deemed to have continued in existence, or the registration of the extraprovincial company is deemed not

ANALYSE

[49] Pour définir les obligations auxquelles les frères Aujla pourraient éventuellement être tenus, il faut tenir compte de l'ordonnance de la Cour, de la *Loi sur la taxe d'accise* fédérale, ainsi que de la *Company Act* de la Colombie-Britannique.

[50] L'ordonnance de la Cour porte :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE que la société Aujla Construction Ltd. soit réinscrite au registre des sociétés pour une période n'excédant pas deux ans, à partir de la date de dépôt d'une copie certifiée conforme de la présente ordonnance auprès du registraire des sociétés, afin de permettre au ministre du Revenu national d'établir et de recouvrer le montant dû en taxe sur les produits et services par Aujla Construction Ltd. au Receveur général du Canada.

LA COUR ORDONNE EN OUTRE que la société Aujla Construction Ltd. soit réputée avoir continué d'exister comme si sa dénomination sociale n'avait jamais été radiée du registre et elle n'avait jamais été dissoute, sous réserve des droits qui peuvent avoir été acquis avant la date de la réinscription d'Aujla Construction Ltd. au registre des sociétés.

[51] Le pouvoir de réinscrire une société au registre des sociétés en vertu d'une ordonnance judiciaire se trouve aux articles 262 et 263 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996 ch. 62 :

[TRADUCTION]

262 (1) Si une société a été dissoute, ou si l'inscription d'une société extraprovinciale a été annulée, conformément à la présente loi ou une loi antérieure sur les sociétés par actions, le tribunal, s'il est convaincu qu'il est juste que la société ou la société extraprovinciale soit réinscrite au registre, au plus tard dix ans après la date de dissolution ou d'annulation, à la demande du liquidateur, d'un membre ou d'un créancier de la société ou de la société extraprovinciale, ou de toute autre personne intéressée, peut ordonner que la société ou la société extraprovinciale soit réinscrite au registre, suivant les modalités que le tribunal estime appropriées.

(2) Si une société ou une société extraprovinciale est réinscrite au registre en vertu du paragraphe (1), elle est réputée avoir continué d'exister, ou l'inscription de la société extraprovinciale est réputée ne pas avoir

to have been cancelled, and proceedings may be taken as might have been taken if the company had not been dissolved, or the registration of the extraprovincial company had not been cancelled.

- (3) The court may make an order under subsection (1) restoring a company or an extraprovincial company to the register for a limited period, and, after the expiration of that period, the company must promptly be struck off the register, or, in the case of an extraprovincial company, its registration cancelled, by the registrar.

and

263 In an order made under section 262, the court may give directions and make provisions it considers appropriate for placing the company or extraprovincial company and every other person in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved or the registration of the extraprovincial company cancelled, but, unless the court otherwise orders, the order is without prejudice to the rights of parties acquired before the date on which the company or extraprovincial company is restored to the register. [Emphasis added.]

[52] The limitation period relevant to these facts is contained in the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, at subsections 323(4) and (5). It reads:

323. (1) ...

(4) The Minister may assess any person for any amount payable by the person under this section and, where the Minister sends a notice of assessment, sections 296 to 311 apply, with such modifications as the circumstances require.

(5) An assessment under subsection (4) of any amount payable by a person who is a director of a corporation shall not be made more than two years after the person last ceased to be a director of the corporation. [Emphasis added.]

[53] When contemplating the Aujla brothers' potential liability, the greatest hurdle is the limitation period. Since it [the *Excise Tax Act*] sets the limitation period at two years "after the person last ceased to be a director", the Aujla brothers must be found to either: (a) have continued to be directors during the period when the Company was struck off the register; or (b) be reinstated as directors

été annulée, et des instances peuvent être intentées comme si la société n'avait pas été annulée.

- (3) Le tribunal peut rendre, conformément au paragraphe (1), une ordonnance rétablissant l'inscription au registre d'une société ou d'une société extraprovinciale pour une période déterminée, et, après l'expiration de cette période, le registraire doit aussitôt radier la société du registre, ou, dans le cas d'une société extraprovinciale, annuler son inscription.

et

263 Dans le cas d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 262, le tribunal peut donner des directives et prendre les mesures qu'il estime appropriées pour rétablir, dans la mesure du possible, la société ou la société extraprovinciale, ou toute autre personne, dans la position qu'elle aurait occupée s'il n'y avait pas eu dissolution de la société ou annulation de l'inscription de la société extraprovinciale, mais, à moins que le tribunal n'en décide autrement, l'ordonnance est rendue sous réserve des droits acquis avant la date à laquelle la société ou la société extraprovinciale est réinscrite au registre. [Non souligné dans l'original.]

[52] Le délai de prescription applicable aux faits de l'espèce se trouve aux paragraphes 323(4) et 323(5) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, dont voici le texte :

323. (1) [...]

(4) Le ministre peut établir une cotisation pour un montant payable par une personne aux termes du présent article. Les articles 296 à 311 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, dès que le ministre envoie l'avis de cotisation applicable.

(5) L'établissement d'une telle cotisation pour un montant payable par un administrateur se prescrit par deux ans après qu'il a cessé pour la dernière fois d'être administrateur. [Non souligné dans l'original.]

[53] Lorsqu'on examine l'éventuelle responsabilité des frères Aujla, le plus grand obstacle est le délai de prescription. Comme la loi précise bien que l'établissement d'une telle cotisation pour un montant payable par un administrateur « se prescrit par deux ans après qu'il a cessé pour la dernière fois d'être administrateur », il faut nécessairement conclure que les frères Aujla : a) soit sont

when the Company was restored such that they have not yet “last ceased” to be directors.

[54] Any other consideration regarding the timing of the Minister’s five-year delay in pursuing the collection of the amount owing by the Company is not relevant to these proceedings. According to section 262 of the *Company Act*, the master had the discretion to restore the Company to the register subject to the condition that the restoration was just and that the restoration take place within 10 years of the Company’s dissolution. By the fact that the restoration order was issued, it is clear that the master found the order just. That order has not been appealed. Therefore any consideration of the Minister’s delay or suggestion that the Minister slept on its rights is inappropriate to these proceedings.

Did the Aujla brothers continue as directors despite the dissolution?

[55] If the Aujla brothers continued as directors despite the Company’s dissolution, then they would never have “ceased” to be directors and the limitation period in subsection 323(5) of the *Excise Tax Act* would not have been triggered.

[56] The parties agree that applicable provincial legislation governs whether an individual has ceased to be a director. In the case of the Aujla brothers, the Crown contends that according to the British Columbia *Company Act*, directors only cease to hold office in accordance with section 130 or when a company is voluntarily dissolved.

[57] Clearly, the directorships of the Aujla brothers was not affected by section 130 of the British Columbia *Company Act*. Section 130 reads:

demeurés administrateurs au cours de la période durant laquelle la société a été radiée du registre; b) soit ont été réintégrés dans leurs fonctions d’administrateurs lorsque la société a été réinscrite au registre, de sorte qu’ils n’ont pas encore « cessé pour la dernière fois » d’être administrateurs.

[54] Toute autre considération portant sur les cinq ans que le ministre a laissés s’écouler avant d’entreprendre des démarches pour recouvrer le montant dû par la société n’est pas pertinente en l’espèce. Selon l’article 262 de la *Company Act*, le protonotaire a le pouvoir discrétionnaire de réinscrire la société au registre à la condition que la réinscription soit juste et qu’elle ait lieu dans les dix ans suivant la dissolution de la société. Du fait qu’une ordonnance de réinscription a été prononcée, il est évident que le protonotaire a jugé que l’ordonnance était juste. Cette ordonnance n’a pas été portée en appel. Il n’y a donc pas lieu, en l’espèce, de tenir compte du temps que le ministre a laissé s’écouler ou d’examiner toute allégation portant que le ministre a tardé à faire valoir ses droits.

Les frères Aujla ont-ils continué à occuper leurs postes d’administrateurs malgré la dissolution?

[55] Si les frères Aujla avaient continué d’exercer leurs fonctions d’administrateurs malgré la dissolution de la société, ils n’auraient jamais « cessé » d’être des administrateurs et le délai de prescription du paragraphe 323(5) de la *Loi sur la taxe d’accise* n’aurait pas commencé à courir.

[56] Les parties conviennent qu’il faut se tourner vers les dispositions législatives provinciales applicables pour savoir si une personne a cessé ou non d’être un administrateur. Dans le cas des frères Aujla, Sa Majesté soutient qu’aux termes de la *Company Act* de la Colombie-Britannique, les administrateurs ne cessent d’occuper leur poste que conformément aux dispositions prévues à l’article 130 ou lorsque la société est dissoute volontairement.

[57] De toute évidence, l’article 130 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique n’a aucune incidence sur le mandat des frères Aujla comme administrateurs. L’article 130 dispose en effet :

[TRADUCTION]

130 (1) A director ceases to hold office when his or her term expires in accordance with the articles or when he or she

- (a) dies or resigns,
- (b) is removed in accordance with subsection (3),
- (c) is not qualified under section 114, or
- (d) is removed in accordance with the memorandum or articles.

(2) Every resignation of a director becomes effective at the time a written resignation is delivered to the registered office of the company or at the time specified in the resignation, whichever is later.

(3) A company may, despite any provision in the memorandum or articles, remove a director before the expiration of the director's term of office by special resolution, and, by ordinary resolution, may appoint another person in his or her stead.

[58] Relying on *R. v. Gill* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 360 (Co. Ct.) (*Gill*), the Crown attempted to argue that a director ceases to hold office when a company dissolves, but only when such a dissolution is voluntary. In fact, the decision in *Gill* [at page 367] only indicates that, "A dissolved corporation is a dead corporation and with it die its officers and directors."

[59] There is no case law supporting the contention that when a corporation dissolves involuntarily its directors do not cease to be directors. Thus, before the issuance of the Court order restoring the Company, the Company had ceased to exist and the Aujla brothers' legal status as directors was in limbo.

Did the liability of the Aujla brothers survive the dissolution?

[60] The Company was struck off the register in accordance with paragraph 257(1)(a) and subsections

130 (1) Le mandat d'un administrateur prend fin à l'expiration de la période pour laquelle il a été nommé conformément aux statuts constitutifs ou lorsque :

- a) il meurt ou démissionne;
- b) il est démis de ses fonctions conformément au paragraphe (3);
- c) il n'est pas habilité en vertu de l'article 114;
- d) il est démis de ses fonctions conformément à l'acte ou aux statuts constitutifs.

(2) La démission d'un administrateur prend effet à la date de réception au siège social de la société d'un écrit à cet effet ou à la date postérieure qui y est indiquée.

(3) Par dérogation à toute disposition de l'acte ou des statuts constitutifs, la société peut, par résolution spéciale, destituer un administrateur avant l'expiration de son mandat et désigner une autre personne à sa place, par voie de résolution ordinaire.

[58] Se fondant sur la décision de la Cour de comté de la Colombie-Britannique *R. v. Gill* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 360 (*Gill*), Sa Majesté a tenté de faire valoir que le mandat de l'administrateur prenait fin au moment de la dissolution de la société, mais uniquement lorsque cette dissolution est volontaire. En fait, la seule chose que le tribunal a indiqué, dans la décision *Gill*, c'est que : [TRADUCTION] « une société dissoute est une société défunte qui a entraîné dans sa mort ses dirigeants et administrateurs ».

[59] Il n'y a pas de jurisprudence qui appuie l'argument que, lorsqu'une société est dissoute involontairement, ses administrateurs ne cessent pas d'être des administrateurs. Ainsi, avant le prononcé de l'ordonnance de la Cour réinscrivant la société au registre, la société avait cessé d'exister et l'on était dans l'incertitude quant au statut légal des frères Aujla en tant qu'administrateurs.

La responsabilité des frères Aujla a-t-elle survécu à la dissolution?

[60] La société a été radiée du registre conformément à l'alinéa 257(1)a) et aux paragraphes 257(3) et 257(4)

257(3) and (4) of the British Columbia *Company Act*:

257 (1) If

- (a) a company or an extraprovincial company has for 2 years failed to file with the registrar the annual report or any other return, notice or document required by this Act to be filed by it,

...

the registrar must mail to the company or extraprovincial company a registered letter notifying it of its failure or of the registrar's belief, and of the registrar's powers under subsection (3).

...

- (3) If, within one month after the registrar mails the letter referred to in subsection (1) or (2), the registrar does not receive a response that
- (a) indicates that the failure has been or is being remedied, or is otherwise satisfactory to the registrar, or
- (b) notifies the registrar that the extraprovincial company continues to carry on business in British Columbia,

the registrar may publish in the Gazette a notice that, at any time after the expiration of one month after the date of publication of the notice, unless cause is shown to the contrary, the company will be struck off the register and dissolved, or, in the case of an extraprovincial company, its registration will be cancelled.

- (4) At any time after one month after the date of publication of the notice referred to in subsection (3), the registrar, unless good cause to the contrary is shown to him or her, may strike the company off the register and, on being struck off, the company is dissolved,

de la *Company Act* de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION]

257 (1) Le registrateur envoie par courrier à la société ou à la société extraprovinciale une lettre recommandée l'avisant de son défaut ou des réserves qu'il a à son sujet et des pouvoirs qu'il a en vertu du paragraphe (3) dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) la société ou la société extraprovinciale a omis pendant deux ans de produire auprès du registrateur le rapport annuel ou toute autre déclaration, tout autre avis ou tout autre document devant être produit aux termes de la présente loi;

[...]

(3) Le registrateur peut faire paraître dans la Gazette un avis indiquant qu'en tout temps après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la date de publication de l'avis, en l'absence d'opposition justifiée, la société sera radiée du registre et dissoute ou la société extraprovinciale verra son inscription annulée si, dans un délai d'un mois après l'envoi par courrier de la lettre visée au paragraphe (1) ou (2), le registrateur n'a pas reçu de réponse :

- a) soit indiquant qu'il est ou a été remédié au manquement ou qu'il y a eu autrement règlement à la satisfaction du registrateur;
- b) soit avisant le registrateur que la société extraprovinciale continue d'exercer ses activités commerciales en Colombie-Britannique.

(4) En tout temps après le délai d'un mois suivant la publication de l'avis visé au paragraphe (3), le registrateur, en l'absence d'opposition justifiée, peut radier la société du registre, celle-ci étant dissoute dès sa radiation, ou, dans le cas d'une société extraprovinciale, annuler

or, in the case of an extraprovincial company, cancel its registration. [Emphasis added.]

[61] The Crown argues that the liability of directors continues in the case of a company administratively dissolved under section 257. The Crown bases this argument on section 260 of the *Company Act*:

260 The liability of every director, officer, liquidator and member of a company that is struck off the register, or of an extraprovincial company that has had its registration cancelled, under section 256, 257, 259 or 319 continues and may be enforced as if the company had not been struck off the register, or the registration of the extraprovincial company had not been cancelled. [Emphasis added.]

[62] Thus, it would appear that the liability of the Aujla brothers continued despite the fact that the Company was struck off the register. This is supported by *Canadian Sports Specialist Inc. v. Philippon* (1990), 66 D.L.R. (4th) 188 (B.C.S.C.), and *Whittier Wood Products v. Vernon-Jarvis* (2003), 32 B.L.R. (3d) 149 (B.C. Prov. Ct.) (*Whittier*) which stand for the premise that [at paragraph 6]:

... a director who ha[s] breached fiduciary duties [is] personally responsible for those actions during the time the company was struck from the register.

[63] In *Whittier*, a company was struck from the register under section 257 of the *Company Act* for failing to file annual reports for two years. Despite the dissolution of the company, the director continued to operate the business by ordering and receiving goods but refused to pay for them. Provincial Court Justice Yee found the director liable under section 260 of the British Columbia *Company Act* for failure to meet the fiduciary duty imposed on him as a director. While Justice Yee imposed liability in part because the director continued to act as if the company had not been dissolved, it is worth noting that the language of section 260 does not require that directors continue to behave as directors of a dissolved company in order to be found liable.

son inscription. [Non souligné dans l'original.]

[61] Sa Majesté soutient que les administrateurs demeurent responsables lorsque la société a été dissoute pour des raisons d'ordre administratif conformément à l'article 257. Sa Majesté fonde son argument sur l'article 260 de la *Company Act* :

[TRADUCTION]

260 La responsabilité de tout administrateur, dirigeant, liquidateur ou membre d'une société radiée du registre, ou d'une société extraprovinciale dont l'inscription a été annulée, en vertu des articles 256, 257, 259 ou 319, est maintenue et peut être invoquée comme si la société n'avait pas été radiée du registre ou comme si l'inscription de la société extraprovinciale n'avait pas été annulée. [Non souligné dans l'original.]

[62] Il semblerait donc que les frères Aujla étaient toujours responsables malgré le fait que la société avait été radiée du registre. Cette position est confirmée par les décisions *Canadian Sports Specialist Inc. v. Philippon* (1990), 66 D.L.R. (4th) 188 (C.S.C.-B.), et *Whittier Wood Products v. Vernon-Jarvis* (2003), 32 B.L.R. (3d) 149 (C.P.C.-B.) (*Whittier*), qui appuient l'idée que [au paragraphe 6] :

[TRADUCTION] [...] l'administrateur qui a manqué à ses obligations fiduciaires est personnellement responsable des actes en question pendant la période au cours de laquelle la société a été radiée du registre.

[63] Dans l'affaire *Whittier*, une société avait été radiée du registre en vertu de l'article 257 de la *Company Act* pour défaut d'avoir produit ses rapports annuels pendant deux années. Malgré la dissolution de la société, l'administrateur avait continué à exploiter l'entreprise en commandant et en recevant des marchandises, mais avait refusé de les payer. Le juge Yee, de la Cour provinciale, a déclaré l'administrateur responsable, en vertu de l'article 260 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique, en raison de son défaut de respecter les obligations fiduciaires qui lui incombaient en tant qu'administrateur. Bien que le juge Yee ait imposé cette responsabilité en partie en raison du fait que l'administrateur avait continué à agir comme si la société n'avait pas été dissoute, il vaut la peine de signaler que le libellé de l'article 260

[64] In the circumstances of this case, the Aujla brothers were also imputed with a fiduciary duty. Through the Company, they had collected taxes that were intended to be remitted to the government. The Aujla brothers held this sum as fiduciaries. Their failure to remit the taxes to the government was a breach of their duty as fiduciaries.

[65] Therefore, section 260 can be used to argue that the liability of the Aujla brothers for negligent actions prior to the dissolution of the Company can be maintained. However, existing case law has not supported the contention that section 260 somehow permits the Court to find that the directors did not cease to be directors after the administrative dissolution of the Company. The relevant difference is that even if the liability for negligence continued to exist, the Aujla brothers must be found not to have ceased to hold their office as directors for the limitation period in the *Excise Tax Act* not to apply. Since section 260 does not support the Crown's conclusion that the Aujla brothers continued to be directors after the dissolution of the Company, the legal status of the Aujla brothers as directors remains in limbo.

[66] Conversely, for the Aujla brothers to take advantage of the limitation period under section 323 of the *Excise Tax Act*, it was necessary for them to show that they were not directors according to the law in British Columbia. In the absence of proof that the Aujla brothers ceased to be directors, their liability survived according to section 260 of the *Company Act*. Since the Aujla brothers did not cease to hold their office as directors according to section 130 of the *Company Act* and are not affected by any existing common law relieving them of their office as directors, their liability is governed and maintained under section 260 of the *Company Act*.

n'exige pas que l'administrateur continue à se comporter comme un administrateur de la société dissoute pour voir sa responsabilité engagée.

[64] Eu égard aux circonstances de la présente affaire, les frères Aujla se sont également vus attribuer des obligations fiduciaires. Par l'intermédiaire de la société, ils avaient perçu des taxes qui étaient censées être remises au gouvernement. Ils détenaient ces sommes en tant que fiduciaires. Leur défaut de remettre les taxes au gouvernement constituait un manquement à leurs obligations de fiduciaires.

[65] Par conséquent, l'article 260 peut être invoqué pour faire valoir que la responsabilité des frères Aujla pour les actes négligents commis avant la dissolution de la société peut être maintenue. La jurisprudence actuelle ne reconnaît toutefois pas que l'article 260 permet d'une certaine manière à la Cour de conclure que les administrateurs n'ont pas cessé d'être des administrateurs après la dissolution administrative de la société. La différence qui nous intéresse est que, même si la responsabilité pour négligence continuait à exister, il faut quand même conclure que les frères Aujla n'ont pas cessé d'occuper leurs postes d'administrateurs afin que le délai de prescription prévu par la *Loi sur la taxe d'accise* ne s'applique pas. Comme l'article 260 n'appuie pas la conclusion de Sa Majesté suivant laquelle les frères Aujla ont continué d'être des administrateurs de la société après la dissolution de cette dernière, on demeure dans l'incertitude quant au statut légal des frères Aujla comme administrateurs.

[66] En revanche, pour que les frères Aujla puissent se prévaloir du délai de prescription prévu à l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise*, ils devaient nécessairement démontrer qu'ils n'étaient pas des administrateurs au sens des lois de la Colombie-Britannique. À défaut de preuve démontrant que les frères Aujla ont cessé d'être des administrateurs, ils demeurent responsables aux termes de l'article 260 de la *Company Act*. Comme les frères Aujla n'ont pas cessé d'occuper leurs postes d'administrateurs au sens de l'article 130 de la *Company Act* et qu'ils ne sont pas touchés par une règle de common law les dégageant de leurs fonctions d'administrateurs, leur responsabilité est régie et maintenue par l'article 260 de la *Company Act*.

Were the Aujla brothers reinstated as directors by the Court order?

[67] The Tax Court Judge concluded that the Court order did not have the effect of reinstating the Aujla brothers to their position as directors of the Company when the Company was restored to the register.

[68] The Crown contends that the decision in *Natural Nectar Prod. Can. Ltd. v. Theodor*, [1990] 5 W.W.R. 590 (B.C.C.A.) (*Natural Nectar*) supports the conclusion that when a company has been restored to the register using the words [at page 594] “as if its name had never been struck off”, the company is placed “in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved” [at page 595] and that therefore its directors are also reinstated.

[69] In his reasons with respect to this case, my colleague also examines *Natural Nectar* but comes to a different conclusion. My colleague argues that just as the order must include “as if its name had never been struck off” to have a retrospective effect according to *Natural Nectar*, the order must also include explicit language stipulating that the directors are reinstated to have the effect of returning them to their office as directors.

[70] This conclusion creates vast conceptual difficulty. If a company is restored without assuming either that the directorship of the last-known directors of that company continues, or that the directors existing at the time of the dissolution are reinstated, then the company is nothing but a name on a register. Without assets or directors, there is nothing to pursue and no one to defend the action presumably motivating the restoration order. In short, claims against the company will not be maintainable.

L’ordonnance de la Cour a-t-elle eu pour effet de réintégrer les frères Aujla dans leurs fonctions d’administrateurs?

[67] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que l’ordonnance de la Cour n’avait pas pour effet de réintégrer les frères Aujla dans leurs postes d’administrateurs de la société lorsque celle-ci avait été réinscrite au registre des sociétés.

[68] Sa Majesté soutient que la décision *Natural Nectar Prod. Can. Ltd. v. Theodor*, [1990] 5 W.W.R. 590 (C.A.C.-B.) (*Natural Nectar*) appuie la conclusion que, lorsqu’une société a été réinscrite au registre avec les mots [TRADUCTION] « comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre » [à la page 594], cette société se retrouve [TRADUCTION] « dans la même position, autant que possible, que celle dans laquelle elle se trouverait si elle n’avait pas été dissoute » [à la page 595] et que, par conséquent, ses administrateurs sont également réintégrés dans leurs fonctions.

[69] Dans les motifs qu’il a rédigés en l’espèce, mon collègue examine lui aussi la décision *Natural Nectar* mais il parvient à une conclusion différente. Mon collègue fait valoir que, tout comme l’ordonnance doit inclure les mots [TRADUCTION] « comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre » pour avoir un effet rétroactif selon la décision *Natural Nectar*, l’ordonnance doit aussi inclure des termes déclarant expressément que les administrateurs sont réintégrés dans leurs fonctions pour que ceux-ci reprennent leurs postes d’administrateurs.

[70] Or, cette conclusion crée une grande difficulté sur le plan conceptuel. Si une société est réinscrite au registre sans qu’il soit clair que le mandat de ses derniers administrateurs connus se poursuit ou que les administrateurs qui étaient en poste au moment de sa dissolution sont effectivement réintégrés dans leurs fonctions, la société n’est rien de plus qu’un nom sur un registre. Sans actifs ou sans administrateurs, toute réclamation devient sans objet et il n’y a personne pour contester les actes qui ont vraisemblablement motivé l’ordonnance rétablissant l’inscription. Bref, toute réclamation dirigée contre la société est irrecevable.

[71] The difficulty created is similar to those enunciated by Jenkins L.J. in *Tymans, Ltd. v. Craven*, [1952] 1 All E.R. 613. Jenkins L.J. indicated that [at page 622]:

... obvious difficulties as to incorporation, membership, share capital, and so forth would arise, and if the resuscitated company was brought into being as a legal entity distinct from the dissolved one, claims by and against the resuscitated company in respect of the pre-dissolution dealings of the dissolved company would not be maintainable. [Emphasis added.]

[72] In *Natural Nectar* Justice Hinkson quoted the concerns of Jenkins L.J. highlighting these types of difficulties as the reason that the retroactive deeming provision was permitted according to the *Company Act*, section 263 and should be inserted as a clause in any court order that intends to have the effect of retroactively restoring a company to the register. Justice Hinkson [at page 595] concluded:

Upon the basis of that reasoning, however, I do not conclude that s. 286 [now section 262] should be given retrospective operation. Rather, such an effect can be given to the order restoring the company to the register if the court gives appropriate directions under s. 287 for placing the company “in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved...”

In my opinion, that would have been the effect of the order restoring the company to the register if the words “as if its name had never been struck off” had been contained in the order.

[73] While a retroactive deeming provision was used in the Court order at issue through the clause “the Company shall be deemed to have continued in existence as if its name had never been struck off the register”, my colleague contends that this is insufficient to restore the directors, and that an additional deeming clause dealing exclusively with the directors should also have been included to have such an effect.

[71] La difficulté ainsi créée ressemble à celle qu’a constatée le lord juge Jenkins dans l’arrêt *Tymans, Ltd. v. Craven*, [1952] 1 All E.R. 613. Le lord juge Jenkins explique ce qui suit [à la page 622] :

[TRADUCTION] [...] des difficultés évidentes portant notamment sur la constitution en personne morale, la qualité de membre et le capital-actions surgiraient et, si la société reconstituée reprenait vie sous la forme d’une entité juridique distincte de celle de la société dissoute, les prétentions formulées par la société reconstituée ou contre elle relativement aux opérations réalisées avant sa dissolution seraient irrecevables. [Non souligné dans l’original.]

[72] Dans l’arrêt *Natural Nectar*, le juge Hinkson reprend à son compte les réserves formulées par le lord juge Jenkins et signale que ce genre de difficulté permet de comprendre pourquoi le législateur a autorisé la disposition déterminative rétroactive à l’article 263 de la *Company Act* et pourquoi ce type de disposition devrait être inséré dans toute ordonnance judiciaire visant à avoir pour effet de réinscrire rétroactivement une société au registre. Le juge Hinkson [à la page 595] a conclu :

[TRADUCTION] Suivant ce raisonnement, je ne conclus cependant pas que l’on doit donner un effet rétroactif à l’article 286 [maintenant l’article 262]. Cet effet ne peut être attribué à l’ordonnance réinscrivant la société au registre que si le tribunal donne, en vertu de l’article 287, des directives appropriées en vue de remettre la société « dans la même position, autant que possible, que celle dans laquelle elle se trouverait si elle n’avait pas été dissoute [...] »

À mon avis, tel aurait été l’effet de l’ordonnance réinscrivant la société au registre si on avait trouvé les mots « comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre » dans l’ordonnance.

[73] Bien qu’une disposition déterminative rétroactive ait été employée dans l’ordonnance de la Cour en litige par le truchement de la clause [TRADUCTION] « la société [est] réputée avoir continué d’exister comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre », mon collègue soutient que ce libellé n’est pas suffisant pour réintégrer les administrateurs dans leurs fonctions et qu’il aurait fallu insérer une disposition déterminative supplémentaire portant exclusivement sur les administrateurs pour obtenir l’effet désiré.

[74] The result of that reasoning is that an additional clause must be included to reverse the presumption that the directorships of the Aujla brothers ceased upon dissolution, despite the clear indication by the existing retroactive provision that the dissolution did not occur since the Company “continued in existence as if its name [was] never struck off the register”. The leap in this logic is that the dissolution is presumed to have triggered the cessation of the Aujla brothers’ office as directors, but the retroactive annulment of the dissolution is now said to be insufficient to undo the cessation of the Aujla brothers’ office as directors.

[75] The ultimate result in the restoration of the Company to the register without directors also goes against section 108 of the British Columbia *Company Act*. This section indicates that a company “must have at least one director”. Based on section 108, the Aujla brothers must be presumed to be reinstated with the restoration of the Company as no other directors have ever been associated with the Company. Thus, while no express mention of the restoration of the directors was made in the Court order, it must nonetheless have the effect of restoring the Aujla brothers since they never ceased to hold office under any provisions of the British Columbia *Company Act*, the dissolution which is said to have ended their office as directors is deemed never to have occurred, and a company cannot exist without directors.

[76] The effect of this determination is in line with the reasoning of Justice O’Connor of the Tax Court of Canada in *Glass v. Canada*, [1998] 1 C.T.C. 2190, at paragraph 16, where he states:

The effect of the restoration order was that the company was deemed to continue in existence. Moreover by virtue of section 284 [now 260] of the B.C. Act the liability of a director continued. Consequently, the Appellant is not entitled to take advantage of the limitation period provided....

[74] Il découle de ce raisonnement qu’il faut insérer une disposition supplémentaire pour combattre la présomption que le mandat des frères Aujla en tant qu’administrateurs a cessé au moment de la dissolution, malgré la mention explicite que l’on trouve dans la disposition rétroactive actuelle suivant laquelle la dissolution n’a pas eu lieu étant donné que la société [TRADUCTION] « est réputée avoir continué d’exister comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre ». Cette entorse à la logique s’explique par le fait que la dissolution est présumée avoir provoqué l’expiration du mandat des frères Aujla comme administrateurs, mais l’on prétend maintenant que l’annulation rétroactive de la dissolution est insuffisante pour défaire la cessation du mandat des frères Aujla comme administrateurs.

[75] Le fait qu’on se retrouve au bout du compte avec une société qui est réinscrite au registre mais qui n’a plus d’administrateurs va par ailleurs à l’encontre de l’article 108 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique, suivant lequel une société [TRADUCTION] « doit compter au moins un administrateur ». Aux termes de l’article 108, les frères Aujla doivent être présumés avoir été réintégrés dans leurs fonctions en même temps que la société a été réinscrite au registre étant donné qu’aucun autre administrateur n’a jamais été associé à cette société. Ainsi, bien qu’elle ne fasse aucune mention explicite de la réintégration des administrateurs, l’ordonnance de la Cour doit néanmoins avoir pour effet de réintégrer les frères Aujla dans leurs fonctions étant donné qu’ils n’ont jamais cessé d’occuper leur poste au sens de l’une quelconque des dispositions de la *Company Act* de la Colombie-Britannique. La dissolution qui aurait mis fin à leur mandat en tant qu’administrateurs est présumée n’avoir jamais eu lieu et une société ne peut exister sans administrateurs.

[76] Ma conclusion s’inscrit dans le droit fil du raisonnement du juge O’Connor, de la Cour canadienne de l’impôt, dans la décision *Glass c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 1020 (QL), au paragraphe 16 :

Du fait de l’ordonnance de réinscription, la compagnie était réputée avoir continué d’exister. En outre, en vertu de l’article 284 de la Loi de la C.-B. [maintenant l’article 260], la responsabilité de l’administration a été maintenue. En conséquence, l’appelant ne peut se prévaloir du délai de prescription prévu [...]

[77] The interpretation that directors are reinstated upon the restoration of the company to the register is also supported by the decision in *Cadorette v. Canada*, 2008 TCC 416, where Justice Favreau of the Tax Court of Canada [at paragraph 16] determined that:

... the Appellant must be considered never to have lost his status as director between the time that its registration was struck off and the time that the enterprise registrar revoked the striking-off of its registration.

However, this jurisprudence is of limited persuasiveness since it deals with the status of directors under corporate law in the province of Quebec and all parties to this appeal agree that the law applicable to the determination of the status of the Aujla brothers as directors is governed solely by the *Company Act* in the province of British Columbia.

Does the “without prejudice” language in section 263 apply to the directors?

[78] The “without prejudice” language found in section 263 requires that the Court order not affect “the rights of parties acquired before the date on which the company or extraprovincial company is restored to the register.” However, since the Aujla brothers never ceased to be directors of the Company, they never acquired any rights and the Court order does not have the effect of judicially affecting those rights.

[79] In addition, this provision is intended to apply to third parties who have acquired rights since the dissolution. This is confirmed in *Sibbald Estate v. Boy Scouts of Canada (Edmonton Region) Foundation* (1978), 88 D.L.R. (3d) 99 (B.C.S.C.), at paragraphs 18-20 where Justice Ruttan concluded:

Here I find that s. 189 of the Statute and the order made thereunder established a conclusive rather than a rebuttable presumption that the company continued in existence, so that not only rights which previously existed but rights which were acquired during the period of hiatus could retroactively become and belong part of the property of the corporation.

[77] L'interprétation suivant laquelle les administrateurs sont réintégrés dans leurs fonctions dès que la société est réinscrite au registre est également appuyée par la décision *Cadorette c. Canada*, 2008 CCI 416, dans laquelle le juge Favreau, de la Cour canadienne de l'impôt [au paragraphe 16], a statué que :

[...] l'appelant doit être considéré comme n'ayant jamais perdu son statut d'administrateur entre le moment où l'immatriculation de la société a été radiée d'office et le moment où le registraire des entreprises a révoqué la radiation de l'immatriculation de la société.

Cette jurisprudence a toutefois une valeur probante limitée, car elle porte sur le statut des administrateurs selon le droit des sociétés du Québec. Or, toutes les parties au présent appel conviennent que les règles de droit applicables à la détermination du statut des frères Aujla en tant qu'administrateurs sont exclusivement celles que l'on trouve dans la *Company Act* de la province de la Colombie-Britannique.

Les mots « sous réserve de » à l'article 263 s'appliquent-ils aux administrateurs?

[78] Les mots « sous réserve de » que l'on trouve à l'article 263 de la *Company Act* exigent que l'ordonnance de la Cour ne porte pas atteinte aux [TRADUCTION] « droits acquis avant la date à laquelle la société ou la société extraprovinciale est réinscrite au registre ». Toutefois, comme les frères Aujla n'ont jamais cessé d'être des administrateurs de la société, ils n'ont jamais acquis de droits et l'ordonnance de la Cour n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits en question.

[79] Qui plus est, cette disposition est censée s'appliquer aux tiers qui ont acquis des droits depuis la dissolution, ce qui est confirmé par la décision *Sibbald Estate v. Boy Scouts of Canada (Edmonton Region) Foundation* (1978), 88 D.L.R. (3d) 99 (C.S.C.-B.), aux paragraphes 18 à 20, où le juge Ruttan écrit :

[TRADUCTION] En l'espèce, je conclus que l'article 189 de la loi et l'ordonnance rendue en application de cet article créent une présomption irréfragable suivant laquelle la société a continué d'exister, de sorte que non seulement les droits qui existaient antérieurement mais aussi ceux qui ont été acquis dans l'intervalle pouvaient rétroactivement faire partie des actifs de la société.

This “conclusive” presumption does not conflict with the protection of third parties as referred to in s. 189 [now section 262] of the Act, i.e.

“without prejudice to the rights of parties acquired prior to the date on which the company is restored to the register.”

The rights referred to are those which third parties have acquired in dealing with the company during the period between the dissolution and restoration.

[80] Whereas section 263 refers to “rights of parties” generally, section 260 clearly stipulates that the liability of “every director, officer, liquidator and member of a company that is struck off the register” survives. In view of this specific provision, the general “without prejudice to the rights of parties” language is interpreted to apply to persons other than those listed in section 260.

Public policy argument with respect to the limitation period

[81] There exists a public policy argument in favour of not reinstating the Aujla brothers as directors since they likely no longer viewed themselves as directors of the Company and thus ordered their personal affairs for many years believing they would not be held liable.

[82] However, the Aujla brothers should not be rewarded for their negligence. As directors of the Company, the Aujla brothers collected money in the form of taxes to be remitted to the government. The Company was later dissolved through an administrative act of the registrar because of the Aujla brothers’ failure to file annual reports. The administrative striking of the Company from the register and subsequent involuntary dissolution of the Company is a penalty imposed due to the Aujla brothers’ negligence.

[83] The Aujla brothers would not have been entitled to apply for the voluntary dissolution of the Company without complying with section 268 of the British Columbia *Company Act*. Section 268 requires the directors of a

Cette présomption « irréfragable » n’entre pas en conflit avec la protection accordée aux tiers par l’article 189 [maintenant l’article 262] de la Loi :

« sous réserve des droits acquis avant la date à laquelle la société est réinscrite au registre ».

Les droits visés sont ceux que les tiers ont acquis dans leurs rapports avec la société au cours de la période comprise entre la dissolution et la réinscription.

[80] Alors que l’article 263 évoque, de façon générale, les [TRADUCTION] « droits des parties », l’article 260 indique explicitement que la responsabilité de [TRADUCTION] « tout administrateur, dirigeant, liquidateur ou membre d’une société radiée du registre » est maintenue. Compte tenu de cette disposition précise, le libellé général « sous réserve des droits des parties » doit être interprété comme s’appliquant à d’autres personnes que celles qui sont énumérées à l’article 260.

Argument d’ordre public relatif au délai de prescription

[81] Il y a un argument d’ordre public qui milite contre la réintégration des frères Aujla dans leurs fonctions d’administrateurs étant donné qu’ils ne se considèrent probablement plus comme des administrateurs de la société et qu’ils ont organisé leurs affaires personnelles depuis de nombreuses années en croyant qu’ils ne seraient pas tenus responsables.

[82] Il ne faut cependant pas aller jusqu’à récompenser les frères Aujla pour leur négligence. En tant qu’administrateurs de la société, ils ont perçu de l’argent sous forme de taxes qu’ils devaient remettre au gouvernement. La société a par la suite été dissoute en vertu d’une décision administrative du registraire en raison du défaut des frères Aujla de déposer des rapports annuels. La radiation administrative de la société du registre et la dissolution involontaire subséquente de la société constituent une pénalité imposée en raison de la négligence des frères Aujla.

[83] Les frères Aujla n’auraient pas eu le droit de réclamer la dissolution volontaire de la société sans se conformer à l’article 268 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique. L’article 268 exige que les

company to affirm that the company will be able to pay its debts soon after dissolution. It reads:

- 268** (1) If it is proposed to wind up a company voluntarily, the majority of the directors, before calling the general meeting at which the resolution for the winding up of the company is to be proposed, must make an affidavit that they have made a full inquiry into the affairs of the company and that they are of the opinion that the company will be able to pay its debts in full within the period, not exceeding 12 months from the commencement of the winding up, specified in the affidavit.
- (2) An affidavit referred to in subsection (1) must
- (a) be made within 5 weeks immediately preceding the date the members pass the resolution for the voluntary winding up of the company, and
- (b) contain a statement of the assets and liabilities of the company as at the latest practicable date.
- (3) A copy of the affidavit must be
- (a) filed with the registrar before the meeting, and
- (b) presented to the meeting at which the resolution for the voluntary winding up of the company is to be proposed.
- (4) Every director of a company who makes an affidavit under this section without having reasonable grounds for the opinion that the company will be able to pay its debts in full within the period specified in the affidavit commits an offence.
- (5) If a company is wound up in accordance with a resolution passed within 5 weeks after the making of the affidavit, but its debts are not paid or provided for in full within the period stated in the affidavit, it is presumed, until the contrary is shown, that the declarant did not have reasonable grounds for the declarant's opinion.
- (6) This section does not apply to a winding up commenced before October 1, 1973. [Emphasis added.]

administrateurs de la société confirment que la société sera en mesure de payer ses dettes peu de temps après sa dissolution. En voici le texte :

[TRADUCTION]

- 268** (1) Si la société fait l'objet d'une proposition de dissolution volontaire, la majorité des administrateurs doivent, avant de convoquer une assemblée générale à cette fin, souscrire un affidavit dans lequel ils déclarent qu'après vérification complète des affaires de la société, ils sont d'avis que celle-ci sera en mesure de payer intégralement ses dettes dans le délai ne dépassant pas douze mois suivant le début de la dissolution qui est précisé dans l'affidavit.
- (2) L'affidavit visé au paragraphe (1) doit :
- a) être souscrit dans les cinq semaines précédant la date à laquelle les membres ont adopté la résolution relative à la dissolution volontaire de la société;
- b) contenir l'état le plus récent possible de l'actif et du passif de la société.
- (3) Une copie de l'affidavit doit :
- a) être déposée auprès du registrateur avant l'assemblée;
- b) être présentée lors de l'assemblée au cours de laquelle la résolution portant sur la dissolution volontaire de la société doit être proposée.
- (4) Commet une infraction tout administrateur d'une société qui souscrit un affidavit conformément au présent article sans avoir de motifs raisonnables de penser que la société sera en mesure de payer ses dettes intégralement dans le délai précisé dans l'affidavit.
- (5) Si une société est dissoute conformément à une résolution adoptée dans les cinq semaines de l'affidavit sans que ses dettes soient payées intégralement ou sans qu'il y soit pourvu dans le délai précisé dans l'affidavit, il est présumé, à moins que le contraire ne soit démontré, que le déclarant n'avait pas de motifs raisonnables d'exprimer cet avis.
- (6) Le présent article ne s'applique pas à une dissolution entreprise avant le 1^{er} octobre 1973. [Non souligné dans l'original.]

[84] Should the directors fail under their obligation as directors or under section 268, the Court may make provisions under section 290:

290 If a company is being wound up, the court may

...

- (i) on application by any of the persons mentioned in section 271(1), examine into the conduct of any person who has taken part in the formation or promotion of the company or any person that is a past or present director, officer, receiver, receiver manager, liquidator or member of the company if it appears that the person has misapplied, or retained, or become liable or accountable for, any money, or property, or breach of trust, in relation to the company, and compel the person to repay or to restore the money, or property, or any part of it, with interest at the rate the court considers appropriate, or to contribute the sum to the assets of the company by way of compensation in respect of the misapplication, retainer or breach of trust as the court considers appropriate, and this provision applies even if the conduct complained of is conduct for which the person may be liable to prosecution. [Emphasis added.]

[85] The Aujla brothers did not voluntarily dissolve their company. The Company was involuntarily dissolved because of the Aujla brothers' failure to file annual reports. The Company also failed to remit taxes owed to the government. To find that the Aujla brothers are no longer responsible for the liabilities they evaded by allowing their Company to be struck from the register would allow the Aujla brothers to profit from their negligence as directors when responsible directors who properly wind up their companies are not permitted to do so according to section 268 and following of the *Company Act*.

[86] Before the dissolution of the Company the Aujla brothers could have resigned as directors. The registrar was obliged, under subsection 257(1) to send the directors of the Company a letter indicating their failure to file annual reports. One month after the mailing of the letter the registrar was obligated under subsection 257(3) to publish a notice of its intent to strike the Company off the

[84] Advenant le cas où les administrateurs manquent à leur obligation d'administrateurs ou à celles que l'article 268 leur impose, le tribunal peut prendre les mesures suivantes en vertu de l'article 290 :

290 En cas de dissolution d'une société, le tribunal peut :

[...]

- i) sur demande présentée par l'une des personnes mentionnées au paragraphe 271(1), examiner la conduite de toute personne qui a participé à la création ou au développement de la société ou celle de tout directeur, dirigeant, séquestre, administrateur séquestre, liquidateur ou membre de la société, ancien ou actuel, lorsqu'il semble que cette personne a, relativement à la société, détourné ou retenu des sommes ou des biens, ou en est devenue responsable ou comptable, ou commis un abus de confiance, et lui ordonner de rembourser ou de restituer en tout ou en partie ces sommes ou ces biens, avec intérêt au taux que le tribunal juge approprié, ou de verser à l'actif de la société, en dédommagement du tort causé par ce détournement, cette retenue ou cet abus de confiance, les sommes d'argent que le tribunal juge appropriées et ce, même si la conduite reprochée rend la personne passible de poursuites. [Non souligné dans l'original]

[85] Les frères Aujla n'ont pas dissous volontairement leur société. Celle-ci a été dissoute involontairement en raison du défaut des frères Aujla de déposer des rapports annuels. La société a par ailleurs omis de remettre au gouvernement les taxes qu'elle lui devait. Conclure que les frères Aujla ne sont plus responsables des obligations auxquelles ils se sont soustraits en permettant que la société dont ils faisaient partie soit radiée du registre reviendrait à leur permettre de profiter de la négligence dont ils se sont rendus coupables comme administrateurs alors que les articles 268 et suivants de la *Company Act* ne permettent pas aux administrateurs responsables qui liquident comme il se doit leur société d'agir de la sorte.

[86] Avant la dissolution de la société, les frères Aujla auraient pu remettre leur démission comme administrateurs. Le registrateur était tenu, aux termes du paragraphe 257(1), de faire parvenir aux administrateurs de la société une lettre les informant de leur défaut de déposer les rapports annuels. Un mois après la mise à la poste de la lettre, le registrateur était tenu, aux termes du paragraphe

register in the Gazette. One month after the publication of the notice, the registrar was able to strike the Company off the register. At no time during these delays did the Aujla brothers resign from the Company. Their failure to do so results in their ban from benefiting from the two-year limitation period set out in section 323 of the *Excise Tax Act*.

CONCLUSION

[87] The Aujla brothers failed to properly wind up their company, and never resigned as directors. The Company was struck off and subsequently restored to the register and “deemed to have continued in existence as if its name had never been struck off the register and dissolved”. Therefore, the Aujla brothers continue in their position as directors of the Company and their liability continues as provided in sections 260 of the *British Columbia Company Act* and subsection 323(1) of the *Excise Tax Act*.

[88] I would allow the appeal with one set of costs.

[89] I would also direct that a copy of these reasons should be placed in each of Court files A-40-08 and A-41-08.

APPENDIX A

Relevant Statutory Provisions

Section 323 of the *Excise Tax Act*

323. (1) If a corporation fails to remit an amount of net tax as required under subsection 228(2) or (2.3) or to pay an amount as required under section 230.1 that was paid to, or was applied to the liability of, the corporation as a net tax refund, the directors of the corporation at the time the corporation was required to remit or pay, as the case may be, the amount are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation, to pay the amount and any interest on, or penalties relating to, the amount.

257(3), de publier dans la Gazette un avis de son intention de radier la société du registre des sociétés. Un mois après la publication de l’avis, le registrateur pouvait radier la société du registre. Les frères Aujla n’ont, en aucun temps au cours de ces délais, remis leur démission de la société. Leur inaction les empêche de se prévaloir du délai de prescription de deux ans prévu à l’article 323 de la *Loi sur la taxe d’accise*.

CONCLUSION

[87] Les frères Aujla n’ont pas régulièrement dissous leur société et ils n’ont jamais démissionné comme administrateurs. La société a été radiée, a été par la suite réinscrite au registre et a été [TRADUCTION] « réputée avoir continué d’exister comme si sa dénomination sociale n’avait jamais été radiée du registre et elle n’avait jamais été dissoute ». En conséquence, les frères Aujla ont continué d’occuper leurs postes d’administrateurs de la société et leur responsabilité demeure la même comme le prévoient l’article 260 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique et le paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*.

[88] Je suis d’avis d’accueillir l’appel et de n’accorder qu’un seul mémoire de dépens.

[89] J’ordonnerais également qu’une copie des présents motifs soit versée dans chacun des dossiers de la Cour, soit les dossiers A-40-08 et A-41-08.

ANNEXE A

Dispositions législatives applicables

Article 323 de la *Loi sur la taxe d’accise*

323. (1) Les administrateurs d’une personne morale au moment où elle était tenue de verser, comme l’exigent les paragraphes 228(2) ou (2.3), un montant de taxe nette ou, comme l’exige l’article 230.1, un montant au titre d’un remboursement de taxe nette qui lui a été payé ou qui a été déduit d’une somme dont elle est redevable, sont, en cas de défaut par la personne morale, solidairement tenus, avec cette dernière, de payer le montant ainsi que les intérêts et pénalités afférents.

(2) A director of a corporation is not liable under subsection (1) unless

(a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been registered in the Federal Court under section 316 and execution for that amount has been returned unsatisfied in whole or in part;

(b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the earlier of the date of commencement of the proceedings and the date of dissolution; or

(c) the corporation has made an assignment or a bankruptcy order has been made against it under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the date of the assignment or bankruptcy order.

...

(4) The Minister may assess any person for any amount payable by the person under this section and, where the Minister sends a notice of assessment, sections 296 to 311 apply, with such modifications as the circumstances require.

(5) An assessment under subsection (4) of any amount payable by a person who is a director of a corporation shall not be made more than two years after the person last ceased to be a director of the corporation.

BCCA PROVISIONS

Subsection 1(1)

Definitions and interpretation

1 (1) In this Act:

...

“director” includes every person, by whatever name designated, who performs functions of a director;

(2) L'administrateur n'encourt de responsabilité selon le paragraphe (1) que si :

a) un certificat précisant la somme pour laquelle la personne morale est responsable a été enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 316 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;

b) la personne morale a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, ou elle a fait l'objet d'une dissolution, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant le premier en date du début des procédures et de la dissolution;

c) la personne morale a fait une cession, ou une ordonnance de faillite a été rendue contre elle en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant la cession ou l'ordonnance.

[...]

(4) Le ministre peut établir une cotisation pour un montant payable par une personne aux termes du présent article. Les articles 296 à 311 s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, dès que le ministre envoie l'avis de cotisation applicable.

(5) L'établissement d'une telle cotisation pour un montant payable par un administrateur se prescrit par deux ans après qu'il a cessé pour la dernière fois d'être administrateur.

Company Act de la Colombie-Britannique

Paragraphe 1(1)

[TRADUCTION]

Définitions

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

« administrateur » Est assimilé à un administrateur toute personne, indépendamment du nom sous lequel elle est désignée, qui exécute les fonctions d'un administrateur.

Section 257

Registrar may strike off company**257** (1) If

- (a) a company or an extraprovincial company has for 2 years failed to file with the registrar the annual report or any other return, notice or document required by this Act to be filed by it,
- (b) the registrar has reasonable cause to believe that an extraprovincial company has ceased to carry on business in British Columbia,
- (c) a company or an extraprovincial company has failed to pay, within 10 days after default in payment of the fine, any fine imposed on it under this Act,
- (d) a company or an extraprovincial company has failed to comply with an order of the registrar under section 18,
- (e) a reporting company does not comply with section 139, or
- (f) a company or an extraprovincial company has failed to comply with a requirement under section 338(3)(b) within 60 days after the date of the mailing to the company or extraprovincial company of a registered letter referred to in section 338(4),

the registrar must mail to the company or extraprovincial company a registered letter notifying it of its failure or of the registrar's belief, and of the registrar's power under subsection (3).

- (2) If a company or an extraprovincial company is being wound up, and

Article 257

Radiation

257 (1) Le registraire envoie par courrier à la société ou à la société extraprovinciale une lettre recommandée l'avisant de son défaut ou des réserves qu'il a à son sujet et des pouvoirs qu'il a en vertu du paragraphe (3) dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) la société ou la société extraprovinciale a omis pendant deux ans de produire auprès du registraire le rapport annuel ou toute autre déclaration, tout autre avis ou tout autre document devant être produit aux termes de la présente loi;
- b) le registraire a des motifs raisonnables de croire qu'une société extraprovinciale a cessé d'exercer ses activités en Colombie-Britannique;
- c) la société ou la société extraprovinciale a omis, dans les dix jours suivant son défaut de payer l'amende, de payer toute amende à laquelle elle a été condamnée en vertu de la présente loi;
- d) la société ou la société extraprovinciale a fait défaut de se conformer à l'ordre donné par le registraire en vertu de l'article 18;
- e) une société déclarante a fait défaut de se conformer à l'article 139;
- f) la société ou la société extraprovinciale a omis de se conformer à une des exigences de l'alinéa 338(3)b) dans les 60 jours de la mise à la poste à la société ou à la société extraprovinciale de la lettre recommandée visée au paragraphe 338(4).

- (2) En cas de dissolution de la société ou de la société extraprovinciale, le registraire envoie par courrier à la société une lettre recommandée dans laquelle il demande si un liquidateur agit au nom de la société, si celle-ci a fait l'objet d'une liquidation totale, ou l'avisant de son défaut de déposer des déclarations ou de ce que le registraire

- (a) the registrar has reasonable cause to believe that no liquidator is acting, or that the company is fully wound up, or
- (b) the returns required to be made by the liquidator have not been made for a period of 3 consecutive months,

the registrar must mail to the company a registered letter inquiring whether a liquidator is acting, or the company is fully wound up, or notifying the company of the failure to file returns, or of the registrar's belief and of the registrar's powers under subsection (3).

- (3) If, within one month after the registrar mails the letters referred to in subsection (1) or (2), the registrar does not receive a response that

- (a) indicates that the failure has been or is being remedied, or is otherwise satisfactory to the registrar, or
- (b) notifies the registrar that the extraprovincial company continues to carry on business in British Columbia,

the registrar may publish in the Gazette a notice that, at any time after the expiration of one month after the date of publication of the notice, unless cause is shown to the contrary, the company will be struck off the register and dissolved, or, in the case of an extraprovincial company, its registration will be cancelled.

- (4) At any time after one month after the date of publication of the notice referred to in subsection (3), the registrar, unless good cause to the contrary is shown to him or her, may strike the company off the register and, on being struck off, the company is dissolved, or, in the case of an extraprovincial company, cancel its registration.

croit ou des pouvoirs qu'il a en vertu du paragraphe (3) dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) le registrateur a des motifs raisonnables de croire qu'aucun liquidateur n'agit au nom de la société ou que celle-ci n'a pas fait l'objet d'une liquidation totale;
- b) les déclarations que le liquidateur doit déposer ne l'ont pas été pendant trois mois consécutifs.

- (3) Le registrateur peut faire paraître dans la Gazette un avis indiquant qu'en tout temps après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la date de publication de l'avis, en l'absence d'opposition justifiée, la société sera radiée du registre et dissoute ou la société extraprovinciale verra son inscription annulée si, dans un délai d'un mois après l'envoi par courrier de la lettre visée au paragraphe (1) ou (2), le registrateur n'a pas reçu de réponse :

- a) soit indiquant qu'il est ou a été remédié au manquement ou qu'il y a eu autrement règlement à la satisfaction du registrateur;
- b) soit avisant le registrateur que la société extraprovinciale continue d'exercer ses activités commerciales en Colombie-Britannique.

- (4) En tout temps après le délai d'un mois suivant la publication de l'avis visé au paragraphe (3), le registrateur, en l'absence d'opposition justifiée, peut radier la société du registre, celle-ci étant dissoute dès sa radiation, ou, dans le cas d'une société extraprovinciale, annuler son inscription.

- (5) A letter mailed under this section may be addressed to the company at its registered office, or in the case of an extraprovincial company, at its head office in British Columbia.

Section 262

Restoration to register

- 262** (1) If a company has been dissolved, or the registration of an extraprovincial company has been cancelled under this Act or any former *Companies Act*, the court may, if it is satisfied that it is just that the company or extraprovincial company be restored to the register, not more than 10 years after the date of the dissolution or cancellation, on application by the liquidator, a member, a creditor of the company or extraprovincial company, or any other interested person, make an order, subject to the conditions and on the terms the court considers appropriate, restoring the company or extraprovincial company to the register.
- (2) If a company or an extraprovincial company is restored to the register under subsection (1), the company is deemed to have continued in existence, or the registration of the extraprovincial company is deemed not to have been cancelled, and proceedings may be taken as might have been taken if the company had been dissolved, or the registration of the extraprovincial company had not been cancelled.
- (3) The court may make an order under subsection (1) restoring a company or an extraprovincial company to the register for a limited period, and, after the expiration of that period, the company must promptly be struck off the register, or, in the case of an extraprovincial company, its registration cancelled, by the registrar.
- (4) The court must not make an order under this section
- (a) in all cases,
- (i) unless notice of the application under subsection (1) and a copy of any document filed in support of it has been sent to the registrar and the registrar has consented, and
- (ii) until one week after the application has been published notice of the application under subsection (1) in one issue of the *Gazette* and has mailed notice of that application to the

- (5) La lettre postée conformément au présent article peut être adressée au siège social de la société ou, dans le cas d'une société extraprovinciale, à son établissement principal en Colombie-Britannique.

Article 262

Réinscription au registre

- 262** (1) Si une société a été dissoute, ou si l'inscription d'une société extraprovinciale a été annulée, conformément à la présente loi ou une loi antérieure sur les sociétés par actions, le tribunal, s'il est convaincu qu'il est juste que la société ou la société extraprovinciale soit réinscrite au registre, au plus tard dix ans après la date de dissolution ou d'annulation, à la demande du liquidateur, d'un membre ou d'un créancier de la société ou de la société extraprovinciale, ou de toute autre personne intéressée, peut ordonner que la société ou la société extraprovinciale soit réinscrite au registre, suivant les modalités que le tribunal estime appropriées.
- (2) Si une société ou une société extraprovinciale est réinscrite au registre en vertu du paragraphe (1), elle est réputée avoir continué d'exister, ou l'inscription de la société extraprovinciale est réputée ne pas avoir été annulée, et des instances peuvent être intentées comme si la société n'avait pas été annulée.
- (3) Le tribunal peut rendre, conformément au paragraphe (1), une ordonnance rétablissant l'inscription au registre d'une société ou d'une société extraprovinciale pour une période déterminée, et, après l'expiration de cette période, le registraire doit aussitôt radier la société du registre, ou, dans le cas d'une société extraprovinciale, annuler son inscription.
- (4) Le tribunal ne peut rendre d'ordonnance en vertu du présent article :
- a) dans tous les cas :
- (i) à moins qu'un avis de la demande prévu au paragraphe (1) et une copie de tout document déposé à l'appui aient été envoyés au registraire et que celui-ci y ait consenti;
- (ii) jusqu'à une semaine après la publication de la demande, un avis de la demande a été publié dans un numéro de la *Gazette* et un avis a été envoyé par la poste à la dernière adresse

last address shown as the registered office of the company or head office in British Columbia of the extraprovincial company,

- (b) in the case of a company or extraprovincial company that had, at the time of cancellation of registration or dissolution, the power of capacity to operate as a club, without the consent of the minister, and
- (c) in the case of a company or extraprovincial company that was, at the time of cancellation of registration or dissolution, a reporting company under this Act or the *Securities Act*, without the consent of the British Columbia Securities Commission.

Section 263

Power of court

263 In an order made under section 262, the court may give directions and make provisions it considers appropriate for placing the company or extraprovincial company and every other person in the same position, as nearly as may be, as if the company had not been dissolved or the registration of the extraprovincial company cancelled, but, unless the court otherwise orders, the order is without prejudice to the rights of parties acquired before the date on which the company or extraprovincial company is restored to the register.

connue au siège social de la société ou, dans le cas d'une société extraprovinciale, à son établissement principal en Colombie-Britannique;

- b) dans le cas d'une société ou d'une société extraprovinciale qui, au moment de l'annulation de l'inscription ou de la dissolution, avait le pouvoir d'exercer ses activités comme un club sans le consentement du ministre;
- c) dans le cas d'une société ou d'une société extraprovinciale qui, au moment de l'annulation de l'inscription ou de la dissolution, était une société déclarante au sens de la présente loi ou de la *Securities Act* sans le consentement de la British Columbia Securities Commission.

Article 263

Pouvoirs du tribunal

263 Dans le cas d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 262, le tribunal peut donner des directives et prendre les mesures qu'il estime appropriées pour rétablir, dans la mesure du possible, la société ou la société extraprovinciale, ou toute autre personne, dans la position qu'elle aurait occupée s'il n'y avait pas eu dissolution de la société ou annulation de l'inscription de la société extraprovinciale, mais, à moins que le tribunal n'en décide autrement, l'ordonnance est rendue sous réserve des droits acquis avant la date à laquelle la société ou la société extraprovinciale est réinscrite au registre.

A-37-08
2008 FCA 229

A-37-08
2008 CAF 229

Her Majesty The Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Canadian Council for Refugees, Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe (*Respondents*)

Conseil canadien pour les réfugiés, Conseil canadien des Églises, Amnistie Internationale et M. Untel (*intimés*)

INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS C. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Noël and Evans J.J.A.—Toronto, May 21; Ottawa, June 27, 2008.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard et juges Noël et Evans, J.C.A.—Toronto, 21 mai; Ottawa, 27 juin 2008.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision declaring invalid Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7, Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries — Factors to be considered before designating safe third country under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 102(1) set out in IRPA, s. 102(2) — Compliance with United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 33, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Art. 3 to be assessed on basis of appreciation by Governor in Council (GIC) of country's policies, practices, human rights record — As GIC giving due consideration to factors, forming opinion U.S. compliant, nothing left to judicially review — GIC's obligation to review limited to monitoring IRPA, s. 102(2) factors so as to be in position to reassess opportunity of maintaining designation should evolution of factors so require — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel de la décision de la Cour fédérale déclarant invalides les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays — Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un tiers pays sûr en application de l'art. 102(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) sont énoncés à l'art. 102(2) de la LIPR — La conformité à l'art. 33 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et à l'art. 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants doit être examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le gouverneur en conseil (le GC), des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays — Comme le GC avait tenu compte des facteurs de manière appropriée et qu'il était arrivé à la conclusion que les États-Unis se conformaient, il n'y avait plus rien qui puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire — L'obligation du GC d'assurer le suivi est limitée à surveiller l'observation des facteurs énoncés à l'art. 102(2) afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin — Appel accueilli.

Constitutional Law — Charter of Rights — Whether Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries, Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 159.1-159.7 (implementing Regulations) violating Charter, ss. 7, 15 — Respondent organizations' ability to bring Charter challenge depending on John Doe — As latter never presenting

Droit constitutionnel — Charte des droits — Il s'agissait de savoir si l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays et les art. 159.1 à 159.7 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement de mise en œuvre) contrevenaient aux art. 7 et 15 de la Charte — La capacité des organisations intimées de

himself at border, never requesting determination regarding eligibility, no factual basis upon which to assess alleged Charter breaches.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 102(1) providing broad grant of authority to give effect to Parliament's expressed intent responsibility for consideration of refugee claims be shared with countries respectful of human rights, obligations under United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment — Factors to be considered, set out in IRPA, s. 102(2), general in nature, indicative of Parliament's intent matter of compliance be assessed on basis of appreciation by Governor in Council of country's policies, practices, human rights record.

This was an appeal from a decision of the Federal Court declaring invalid sections 159.1 to 159.7 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries* (Safe Third Country Agreement).

The Regulations implement into domestic law the Safe Third Country Agreement whereby if a refugee enters Canada from the U.S. at a land border port of entry, Canada will, subject to specified exceptions, send the refugee back to the U.S., and *vice versa*. The applications Judge found that compliance with Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and Article 3 of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* was a condition precedent to the designation by the Governor in Council (GIC) of the U.S. as a safe third country under section 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), and that since the U.S. did not comply with either, the Safe Third Country Agreement and the implementing provisions of the Regulations were *ultra vires* section 102 of the IRPA, violated sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and were not saved under section 1 of the Charter.

Held, the appeal should be allowed.

Per Noël J.A. (Richard C.J. concurring): The matter raised herein was a pure *vires* issue. Therefore the applicable standard of review was that of correctness.

déposer une contestation fondée sur la Charte dépendait de M. Untel — Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière et n'ayant jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile, aucun fait ne justifiait un examen des prétendues atteintes à la Charte.

Interprétation des lois — L'art. 102(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) confère un vaste pouvoir dans le but de donner effet à l'intention exprimée par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l'examen des demandes d'asile soit partagée avec des pays qui respectent les droits de la personne et les obligations que leur imposent la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants — Les facteurs dont il faut tenir compte sont énoncés à l'art. 102(2) de la LIPR et il s'agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le gouverneur en conseil, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale déclarant invalides les articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays* (l'Entente sur les tiers pays sûrs).

Le Règlement met en œuvre dans le droit interne l'Entente sur les tiers pays sûrs, qui prévoit que, si un réfugié entre au Canada à partir des États-Unis à un poste frontalier terrestre, le Canada, sous réserve des exceptions qui y sont prévues, renverra le réfugié aux États-Unis et inversement. Le juge de première instance a conclu que la conformité à l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* était une condition préalable à la désignation, par le gouverneur en conseil (le GC), des États-Unis à titre de tiers pays sûr en application de l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et que, comme les États-Unis ne s'étaient pas conformés à ces dispositions, l'Entente sur les tiers pays sûrs et les dispositions du Règlement qui la mettent en œuvre outrepassaient les pouvoirs conférés par l'article 102 de la LIPR, contrevenaient aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne se justifiaient pas en vertu de l'article premier de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le juge Noël, J.C.A. (le juge en chef Richard souscrivant à ses motifs) : La question soulevée en l'espèce se limitait à la question de l'excès de pouvoir. La norme de contrôle applicable était donc celle de la décision correcte.

The impugned Regulations and the Safe Third Country Agreement are not *ultra vires* the IRPA. Subsection 102(1) of the IRPA gives the GIC the power to promulgate regulations governing the treatment of refugee claims which may include provisions designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture. This is a broad grant of authority intended to give effect to Parliament's expressed intent that responsibility for the consideration of refugee claims be shared with countries that are respectful of their Convention obligations and human rights. The factors to be considered before designating a country are expressly set out in subsection 102(2) of the IRPA. The applications Judge's misapprehended concern that the GIC would have the discretion to designate a country that does not comply with the Conventions led him to transform the statutory objective of designating countries "that comply" into a condition precedent. This error was compounded by the applications Judge's further conclusion that what must be established is "actual" compliance or compliance "in absolute terms". Subsection 102(1) of IRPA does not refer to such compliance, nor does it otherwise specify the type and extent of compliance contemplated. However, Parliament has specified the four factors to be considered in determining whether a country can be designated. These factors are general in nature and are indicative of Parliament's intent that the matter of compliance be assessed on the basis of an appreciation by the GIC of the country's policies, practices and human rights record. Once it is accepted, as it was in this case, that the GIC has given due consideration to these four factors, and formed the opinion that the candidate country is compliant with the relevant articles of the Conventions, there is nothing left to be reviewed judicially. There was no suggestion in this case that the GIC acted in bad faith or for an improper purpose.

The applications Judge erred when he concluded that the GIC failed to ensure the continuing review of the United States as a safe third country as required by subsection 102(2). The obligation to review is not intended to monitor "actual" compliance or compliance "in absolute terms" but is intended to ensure that the GIC continues to monitor the factors identified in subsection 102(2) so as to be in a position to reassess the opportunity of maintaining the designation should the evolution of the factors so require. The GIC was not in breach of this obligation herein.

The applications Judge adopted a hypothetical approach to the respondent organizations' Charter challenge, i.e. that a class of refugees would be treated a certain way if they were to present themselves at a Canadian land border port of entry. This approach went against the well-established principle that a Charter challenge cannot be mounted in the abstract. There was no evidence that a refugee would have to bring a challenge

Le Règlement contesté et l'Entente sur les tiers pays sûrs n'excedent pas les pouvoirs conférés par la LIPR. Le paragraphe 102(1) de la LIPR confère au GC le pouvoir de prendre des règlements régissant le traitement des demandes d'asile qui peuvent prévoir notamment la désignation de pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture. Ce vaste pouvoir est conféré dans le but de donner effet à l'intention exprimée par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l'examen des demandes d'asile soit partagée avec des pays qui respectent les obligations que leur imposent les Conventions et les droits de la personne. Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un pays sont décrits expressément au paragraphe 102(2) de la LIPR. La fausse perception du juge de première instance selon laquelle le GC aurait le pouvoir discrétionnaire de désigner un pays qui ne se conforme pas aux Conventions l'ont amené à transformer l'objectif de la loi de désigner des pays « qui se conforment » en une condition préalable. L'erreur s'est aggravée par une autre conclusion du juge de première instance selon laquelle c'est la conformité « effective » ou « rigoureuse » qui doit être établie. Le paragraphe 102(1) de la LIPR ne fait pas référence à cette conformité ni par ailleurs au type et à l'étendue de la conformité exigée. Le législateur a cependant décrit les quatre facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'on détermine si un pays peut être désigné. Il s'agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d'une évaluation, faite par le GC, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays en question. Une fois qu'on reconnaît, comme ce fut le cas en l'espèce, que le GC a tenu compte de ces quatre facteurs de manière appropriée et qu'il est arrivé à la conclusion que le pays candidat se conforme aux articles pertinents des Conventions, il n'y a plus rien qui puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Rien en l'espèce ne permettait de croire que le GC avait agi de mauvaise foi ou dans un but inapproprié.

Le juge de première instance s'est mépris lorsqu'il a conclu que le GC n'avait pas assuré le suivi de la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr, comme l'exige le paragraphe 102(2). L'obligation d'assurer le suivi n'a pas pour objet de vérifier la conformité « effective » ou « rigoureuse ». Elle vise plutôt à assurer que le GC continue de surveiller le respect des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin. Le GC ne manquait pas à cette obligation en l'espèce.

Le juge de première instance a adopté une approche hypothétique à l'égard de la contestation des organisations intimées fondée sur la Charte, soit qu'une catégorie de réfugiés seraient traités d'une certaine façon s'ils se présentaient à un poste frontalier terrestre canadien. Cette approche allait à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut être examinée dans l'abstrait. La preuve ne

from outside Canada. The respondent organizations' ability to bring the Charter challenge depended on John Doe. As the latter never presented himself at the border and therefore never requested a determination regarding his eligibility, there was no factual basis upon which to assess the alleged Charter breaches. The applications Judge thus erred in entertaining the Charter challenge.

Per Evans J.A. (concurring): The reasons for concluding that the applications Judge erred in determining the merits of the Charter challenges to the Regulations were, for the most part, equally applicable to the administrative law challenge. To grant the declaratory relief sought by the respondents would have been premature and served little useful purpose. Since the application for judicial review should have been dismissed without a determination of the substantive issues raised, no questions should have been certified, and none should have been answered.

The issues of statutory interpretation and the scope of judicial review raised by the respondents' application were not so clear and incontrovertible that they warranted a departure from the guiding principle of judicial restraint that it is generally better to say less than more.

In any event, a declaration of invalidity of the impugned Regulations is not required in order to ensure that they are not applied to claimants in breach of Canada's international obligations not to refole, or the Charter.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2, Art. 8(3).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15.

Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 3.

Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member States of the European Community, 15 June 1990, Dublin. (Dublin Convention).

démontrait pas qu'un réfugié devrait présenter la contestation à partir de l'extérieur du Canada. La capacité des organisations intimées de déposer une contestation fondée sur la Charte dépendait de M. Untel. Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière et n'ayant donc jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile, aucun fait ne justifiait un examen des prétendues atteintes portées à la Charte. Le juge de première instance a donc commis une erreur lorsqu'il a examiné la contestation fondée sur la Charte.

Le juge Evans, J.C.A. (motifs concourants) : Les motifs étant la conclusion que le juge de première instance a commis une erreur en se prononçant sur le bien-fondé de la contestation du Règlement fondée sur la Charte s'appliquaient également, pour la plupart, à la contestation fondée sur le droit administratif. Il aurait été prématuré et il n'aurait servi à peu près à rien de prononcer le jugement déclaratoire demandé par les intimés. Puisque la demande de contrôle judiciaire aurait dû être rejetée sans rendre de décision sur les questions de fond soulevées, aucune question n'aurait dû être certifiée, et la Cour n'aurait pas dû répondre à ces questions.

Les questions relatives à l'interprétation législative et à la portée du contrôle judiciaire soulevées dans la demande des intimés n'étaient pas à ce point claires et incontestables qu'elles justifiaient une dérogation au principe directeur de la retenue judiciaire selon lequel il vaut mieux généralement en dire moins que plus.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de déclarer invalides les dispositions réglementaires contestées afin de s'assurer qu'elles ne s'appliquent pas aux demandeurs d'asile en violation des obligations internationales du Canada de ne pas refouler ou encore de la Charte.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2, art. 8(3).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 3.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 33.

Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 1; 2006 c. 9, s. 38), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 5 (as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 70), 101, 102.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 159.1 to 159.7 (as enacted by SOR/2004-217, s. 2).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33.

des États membres des Communautés européennes, 15 juin 1990, Dublin (Convention de Dublin).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 1; 2006, ch. 9, art. 38), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 5 (mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 70), 101, 102.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 159.1 à 159.7 (édicte par DORS/2004-217, art. 2).
Règles des cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks), [2004] 3 F.C.R. 600; (2004), 238 D.L.R. (4th) 647; 16 Admin. L.R. (4th) 242; 2004 FCA 166; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 2008 SCC 9.

DISTINGUISHED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 2002 SCC 1.

CONSIDERED:

Canadian Council of Churches v. Canada, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 68 D.L.R. (4th) 197; 44 Admin. L.R. 56; aff'd [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; *Canadian Council for Refugees v. Canada* (2008), 373 N.R. 387; 2008 FCA 40; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91; *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595; (1995), 125 D.L.R. (4th) 141; 30 Imm. L.R. (2d) 139; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920; 2002 UKHL 36.

REFERRED TO:

United States v. Burns, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 2001 SCC 7; *Law*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs), [2004] 3 R.C.F. 600; 2004 CAF 166; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Conseil canadien des Églises c. Canada, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.); conf. par [1992] 1 R.C.S. 236; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 40; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920; 2002 UKHL 36.

DÉCISIONS CITÉES :

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,

v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [2004] 2 F.C.R. 3; (2003), 233 D.L.R. (4th) 298; 312 N.R. 128; 2003 FCA 381; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173.

[1999] 1 R.C.S. 497; *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [2004] 2 R.C.F. 3; 2003 CAF 381; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

AUTHORS CITED

- Canada. Citizenship and Immigration. *A Partnership for Protection: Year One Review*, November 2006, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/department/laws-policy/partnership/index.asp>>.
- Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar*. Ottawa: The Commission, 2006, online: <<http://www.ararcommission.ca>>.
- Foreign Affairs and International Trade Canada. *Smart Border Declaration: Building a Smart Border for the 21st Century on the Foundation of a North American Zone of Confidence*, Ottawa: December 12, 2001, online: <http://geo.international.gc.ca/can-am/main/border/smart_border_declaration-en.asp>.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Sgayias, David et al. *Federal Court Practice, 1991-92*. Scarborough: Thomson Professional Publishing Canada, 1991.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Monitoring Report: Canada-United States "Safe Third Country" Agreement, 29 December 2004-28 December 2005*, June 2006, online: <<http://www.unhcr.org/home/PROTECTION/455b2cca4.pdf>>.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2008] 3 F.C.R. 606; (2007), 74 Admin. L.R. (4th) 176; 164 C.R.R. (2d) 130; 2007 FC 1262) declaring invalid the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, sections 159.1 to 159.7, and the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United*

DOCTRINE CITÉE

- Affaires étrangères et Commerce international Canada. *Déclaration sur la frontière intelligente : Création d'une frontière intelligente pour le XXI^e siècle soutenue par une zone de confiance nord-américaine*, Ottawa : 12 décembre 2001, en ligne : <http://geo.international.gc.ca/can-am/main/border/smart_border_declaration-fr.asp>.
- Canada. Citoyenneté et Immigration. *Partenariat pour la protection : Examen de la première année*, novembre 2006, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/lois-politiques/parteneriat/index.asp>>.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*. Ottawa : La Commission, 2006, en ligne : <<http://www.commission-arar.ca>>.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.
- Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. *Rapport de surveillance : Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les É.-U., 29 décembre 2004-28 décembre 2005*, juin 2006, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/protect/opendoc.pdf?tbl=PROTECTION&id=455b2cca4>>.
- Sgayias, David et al. *Federal Court Practice, 1991-92*. Scarborough : Thomson Professional Publishing Canada, 1991.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2008] 3 R.C.F. 606; 2007 CF 1262) déclarant invalides les articles 159.1 à 159.7 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen*

States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries.
Appeal allowed.

des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays. Appel accueilli.

APPEARANCES

David Lucas, Gregory G. George and Matina Karvellas for appellant.

Barbara L. Jackman, Andrew Brouwer and Leigh Salsberg for respondents Canadian Council for Refugees and Canadian Council of Churches.

Lorne Waldman for respondent Amnesty International.

ONT COMPARU

David Lucas, Gregory G. George et Matina Karvellas pour l'appelante.

Barbara L. Jackman, Andrew Brouwer et Leigh Salsberg pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés et le Conseil canadien des Églises.

Lorne Waldman pour l'intimée Amnistie Internationale.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Jackman & Associates, Toronto, for respondents Canadian Council for Refugees and Canadian Council of Churches.

Waldman & Associates, Toronto, for respondent Amnesty International.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.

Jackman & Associates, Toronto, pour les intimés le Conseil canadien pour les réfugiés et le Conseil canadien des Églises.

Waldman & Associates, Toronto, pour l'intimée Amnistie Internationale.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from a decision of Phelan J. [[2008] 3 F.C.R. 606 (F.C.)] (the applications Judge), granting an application for judicial review by the Canadian Council for Refugees, the Canadian Council of Churches, Amnesty International and John Doe (the respondents), declaring invalid sections 159.1 to 159.7 [as enacted by SOR/2004-217, s. 2] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), and the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries* [5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2] (otherwise known as the Safe Third Country Agreement).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision du juge Phelan [[2008] 3 R.C.F. 606 (C.F.)] (le juge de première instance) d'accueillir la demande de contrôle judiciaire présentée par le Conseil canadien pour les réfugiés, le Conseil canadien des Églises, Amnistie internationale et M. Untel (les intimés) et de déclarer invalides les articles 159.1 à 159.7 [édictees par DORS/2004-217, art. 2] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), et l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de tiers pays* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2] (appelé aussi l'Entente sur les tiers pays sûrs).

[2] In particular the applications Judge found that compliance with Article 33 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (entered into force April 22, 1954) (the

[2] Le juge de première instance a conclu en particulier que la conformité à l'article 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (entrée en vigueur le 22 avril

Refugee Convention) and Article 3 of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 (entered into force June 26, 1987) (the Convention against Torture, together the Conventions [or Refugee and Torture Conventions]), was a condition precedent to the Governor in Council's (the GIC) exercise of its delegated authority under section 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) to designate the United States of America (the U.S.) as a safe third country and that, on the evidence before him, the U.S. did not comply with either. Accordingly, he held that the Safe Third Country Agreement and the implementing provisions of the Regulations were *ultra vires* the enabling legislation, section 102 of the IRPA; violated sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and were not saved by section 1 of the Charter.

[3] On appeal, Her Majesty the Queen (the appellant) argues that the applications Judge erred in law by reviewing the Regulations as an administrative decision and that he erred in fact and in law in concluding that there was a real risk of refoulement where a refugee is returned to the U.S. Further, the appellant argues that the applications Judge erred in law in concluding that the Regulations violate the Charter.

RELEVANT FACTS

Background

[4] The Regulations at issue implement into domestic law a Safe Third Country Agreement between Canada and the U.S. whereby if a refugee enters Canada from the U.S. at a land border port of entry, Canada will, subject to specified exceptions, send the refugee back to the U.S. The same applies for refugees crossing by land from Canada into the U.S.

1954) (la Convention sur les réfugiés), et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987) (la Convention contre la torture, les deux conventions étant appelées collectivement « les Conventions »), était une condition préalable à l'exercice, par le gouverneur en conseil (le GC), du pouvoir qui lui est délégué à l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), de désigner les États-Unis d'Amérique (les États-Unis) à titre de tiers pays sûr, et que, compte tenu de la preuve dont il disposait, les États-Unis ne s'étaient pas conformés à ces dispositions. Par conséquent, il a statué que l'Entente sur les tiers pays sûrs et les dispositions du Règlement qui la mettent en œuvre outrepassaient les pouvoirs conférés par la loi habilitante, plus précisément l'article 102 de la LIPR, contrevenaient aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), et ne se justifiaient pas en vertu de l'article premier de la Charte.

[3] En appel, Sa Majesté la Reine (l'appelante) prétend que le juge de première instance a commis une erreur de droit en contrôlant le Règlement comme s'il s'agissait d'une décision administrative et qu'il a commis une erreur de fait et de droit en concluant qu'il y avait un risque véritable de refoulement lorsqu'un réfugié est renvoyé aux États-Unis. L'appelante prétend également que le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que le Règlement contrevient à la Charte.

LES FAITS PERTINENTS

Le contexte

[4] Le Règlement en cause en l'espèce met en œuvre dans le droit interne l'Entente sur les tiers pays sûrs conclue entre le Canada et les États-Unis, qui prévoit que, si un réfugié entre au Canada à partir des États-Unis à un poste frontalier terrestre, le Canada, sous réserve des exceptions qui sont prévues, renverra le réfugié aux États-Unis. La même règle s'applique aux réfugiés qui

[5] A “safe third country” clause first appeared in Canadian law in the 1988 amendments to the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28 and c. 29 (the *Immigration Act*). The provision allowed for the designation of another country as a “safe third country” such that refugee claimants seeking to enter Canada via such a country would not be permitted to claim protection in Canada.

[6] In 1989, the Canadian Council of Churches challenged the constitutionality of this clause, among others, however, the Federal Court of Appeal in *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), held that the challenge was premature as no country had yet been designated under the clause. The Supreme Court of Canada in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 253 (*Canadian Council of Churches*) also disallowed the challenge, however, on the ground that the Canadian Council of Churches lacked standing to bring the challenge as there was a more reasonable and effective way to bring it, i.e., by a refugee.

[7] Through the 1990s, the Government of Canada continued to negotiate with the U.S. regarding a Safe Third Country Agreement. On December 12, 2001, the U.S.-Canada *Smart Border Declaration: Building a Smart Border for the 21st Century on the Foundation of a North American Zone of Confidence* was issued, setting out a 30-Point Action Plan that included a new commitment to negotiate an agreement.

[8] On June 28, 2002, the IRPA came into effect and as part of the IRPA, Parliament granted the GIC authority to designate a country as “safe” that, based on its laws, practices and human rights record, complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture. These provide:

arrivent aux États-Unis par voie terrestre en provenance du Canada.

[5] Une disposition sur les « tiers pays sûrs » est apparue pour la première fois dans le droit canadien dans les modifications apportées en 1988 à la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28 et 29 (la *Loi sur l’immigration*). La disposition permettait la désignation d’un autre pays à titre de tiers pays sûr et prévoyait que les demandeurs du statut de réfugié cherchant à entrer au Canada à partir d’un pays ainsi désigné n’étaient pas autorisés à demander la protection du Canada.

[6] En 1989, le Conseil canadien des Églises a contesté la constitutionnalité de cette disposition — et d’autres également. La Cour d’appel fédérale a cependant statué, dans *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534 (C.A.), que la contestation était prématurée puisque aucun pays n’avait encore été désigné en application de la disposition. Dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 253 (*Conseil canadien des Églises*), la Cour suprême a aussi rejeté la contestation, mais au motif que le Conseil canadien des Églises n’avait pas qualité pour la présenter étant donné qu’il existait une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal, à savoir par un réfugié.

[7] Pendant les années 1990, le gouvernement du Canada a poursuivi les négociations avec les États-Unis en vue de la conclusion d’une entente sur les tiers pays sûrs. Le 12 décembre 2001, on a rendu publique la *Déclaration sur la frontière intelligente : Création d’une frontière intelligente pour le XXI^e siècle soutenue par une zone de confiance nord-américaine*, qui décrivait un plan d’action en 30 points faisant état notamment d’un nouvel engagement concernant la négociation d’une entente.

[8] La LIPR est entrée en vigueur le 28 juin 2002. Dans cette Loi, le législateur a habilité le GC à désigner à titre de pays « sûr » tout pays qui, vu ses lois, ses usages et ses antécédents en matière de respect des droits de la personne, se conforme à l’article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture. Ces deux dispositions prévoient ce qui suit :

Refugee Convention

ARTICLE 33

Prohibition of Expulsion or Return (“Refoulement”)

1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.
2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

Convention against Torture

ARTICLE 3

1. No State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.
2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

[9] Section 5 [as am. by S.C. 2004, c. 15, s. 70] of the IRPA requires that a certain class of regulations involving matters of public interest be laid before the House of Parliament prior to promulgation. The Regulations in issue in the present proceeding come within that class and were placed before the House prior to promulgation.

[10] Further, the GIC’s authority to enter into a safe third country agreement is found at sections 101 and 102 of the IRPA:

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

Convention sur les réfugiés

ARTICLE 33

Défense d’Expulsion et de Refoulement

1. Aucun des États Contractants n’expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Convention contre la torture

ARTICLE 3

1. Aucun État partie n’expulsera, ne refoulera, ni n’extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture.
2. Pour déterminer s’il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l’existence, dans l’État intéressé, d’un ensemble de violations systématiques des droits de l’homme, graves, flagrantes ou massives.

[9] L’article 5 [mod. par L.C. 2004, ch. 15, art. 70] de la LIPR exige que les règlements régissant des questions d’intérêt public soient déposés devant chaque chambre du Parlement avant d’être pris. Le Règlement en cause en l’espèce appartient à cette catégorie de règlements et il a été déposé devant chacune des chambres du Parlement avant d’être pris.

[10] En outre, le pouvoir du GC de conclure une entente sur les tiers pays sûrs est prévu aux articles 101 et 102 de la LIPR :

101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

[...]

(e) the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations, other than a country of their nationality or their former habitual residence....

...

102. (1) The regulations may govern matters relating to the application of sections 100 and 101, may, for the purposes of this Act, define the terms used in those sections and, for the purpose of sharing responsibility with governments of foreign states for the consideration of refugee claims, may include provisions

(a) designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture;

(b) making a list of those countries and amending it as necessary; and

(c) respecting the circumstances and criteria for the application of paragraph 101(1)(e).

(2) The following factors are to be considered in designating a country under paragraph (1)(a):

(a) whether the country is a party to the Refugee Convention and to the Convention Against Torture;

(b) its policies and practices with respect to claims under the Refugee Convention and with respect to obligations under the Convention Against Torture;

(c) its human rights record; and

(d) whether it is party to an agreement with the Government of Canada for the purpose of sharing responsibility with respect to claims for refugee protection.

(3) The Governor in Council must ensure the continuing review of factors set out in subsection (2) with respect to each designated country. [My emphasis.]

[11] The final text of the Safe Third Country Agreement with the U.S. was signed on December 5, 2002. The GIC formally designated the U.S. two years later, on October 12, 2004, by promulgating section 159.3 of the Regulations, which came into force December 29, 2004:

159.3 The United States is designated under paragraph 102(1)(a) of the Act as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention

e) arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;

[...]

102. (1) Les règlements régissent l'application des articles 100 et 101, définissent, pour l'application de la présente loi, les termes qui y sont employés et, en vue du partage avec d'autres pays de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile, prévoient notamment :

a) la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture;

b) l'établissement de la liste de ces pays, laquelle est renouvelée en tant que de besoin;

c) les cas et les critères d'application de l'alinéa 101(1)e).

(2) Il est tenu compte des facteurs suivants en vue de la désignation des pays :

a) le fait que ces pays sont parties à la Convention sur les réfugiés et à la Convention contre la torture;

b) leurs politique et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture;

c) leurs antécédents en matière de respect des droits de la personne;

d) le fait qu'ils sont ou non parties à un accord avec le Canada concernant le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile.

(3) Le gouverneur en conseil assure le suivi de l'examen des facteurs à l'égard de chacun des pays désignés. [Non souligné dans l'original.]

[11] Le texte final de l'Entente sur les tiers pays sûrs conclu avec les États-Unis a été signé le 5 décembre 2002. Le GC a désigné en bonne et due forme les États-Unis deux ans plus tard, le 12 octobre 2004, en prenant l'article 159.3 du Règlement; cette disposition est entrée en vigueur le 29 décembre 2004 :

159.3 Les États-Unis sont un pays désigné au titre de l'alinéa 102(1)a) de la Loi à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention

Against Torture, and is a designated country for the purpose of the application of paragraph 101(1)(e) of the Act.

[12] Also promulgated on the same occasion were sections 159.1 to 159.7 of the Regulations, (these are reproduced as Appendix I to these reasons) according to which refugee claimants who request protection at the U.S.-Canada border by land are denied access to the refugee determination process in Canada unless they meet one of the enumerated exceptions in the Regulations (section 159.5):

- family member[s] of Canadian citizens [...] permanent residents [or] protected persons;
- unaccompanied minors;
- holders of Canadian travel documents;
- persons who do not need visas to enter Canada but need visas to enter the U.S.;
- persons who were refused entry to the U.S. without having their claim adjudicated or permanent residents of Canada being removed from the U.S.;
- persons who are subject to the death penalty; and
- persons who are nationals of countries to which the relevant Minister has imposed a stay on removal orders.

[13] Throughout the negotiations leading to the execution of the Safe Third Country Agreement and its implementation by the promulgation of the Regulations, the United Nations High Commissioner for Refugees (the UNHCR) monitored the process in order to ensure that persons seeking protection from persecution would have access to a full and fair procedure to assess their claims (see Scoffield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, Exhibit B4, at page 3126; Scoffield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, Exhibit B5, at page 3135). Its monitoring role was formally recognized in Article 8, paragraph 3 of the Safe Third Country Agreement, and extends to the ongoing review of the operation of the Agreement.

contre la torture et sont un pays désigné pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la Loi.

[12] Les articles 159.1 à 159.7 du Règlement (ces dispositions sont reproduites à l'annexe I des présents motifs) ont été pris à la même occasion. Selon ces dispositions, le demandeur d'asile qui sollicite la protection à la frontière terrestre canado-américaine ne peut se prévaloir du processus d'examen des demandes d'asile au Canada, sauf s'il est visé par l'une des exceptions prévues par le Règlement (article 159.5) :

- un membre de sa famille est un citoyen canadien [...] un résident permanent ou une personne protégée;
- il est un mineur non accompagné;
- il est titulaire de documents de voyage canadiens;
- il peut entrer au Canada sans visa, mais il doit en posséder un pour entrer aux États-Unis;
- sa demande d'admission aux États-Unis a été rejetée sans que sa demande d'asile ait été étudiée ou il est un résident permanent du Canada renvoyé aux États-Unis;
- il est passible de la peine de mort;
- il a la nationalité d'un pays à l'égard duquel le ministre compétent a imposé un sursis aux mesures de renvoi.

[13] Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (le HCR) a surveillé toutes les négociations qui ont mené à la signature de l'Entente sur les tiers pays sûrs et à sa mise en œuvre par la prise du Règlement afin de s'assurer que les personnes demandant à être protégées contre la persécution aient accès à un processus d'examen de leurs demandes qui soit complet et équitable (voir affidavit de M. Scoffield, dossier d'appel, vol. 11, onglet 33, pièce B4, à la page 3126; affidavit de M. Scoffield, dossier d'appel, vol. 11, onglet 33, pièce B5, à la page 3135). Ce rôle en matière de surveillance a été reconnu formellement à l'article 8, paragraphe 3 de l'Entente sur les tiers pays sûrs et comprend la surveillance continue de l'application de cette Entente.

Leave and judicial review application

[14] On December 29, 2005, the respondents launched an application for leave and judicial review seeking a declaration that the designation of the U.S. under section 102 of the IRPA was *ultra vires*, that the GIC erred in concluding that the U.S. complied with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture and further, that the designation breached sections 7 and 15 of the Charter. For purposes of clarity, it is useful to set out in full the issues set out in the judicial review application filed before the Court:

(1) The designation, under Paragraph 159.3 of the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* and Sections 5(1) and 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, of the United States of America as a country that complies with Article 33 of the 1951 *Convention relating to the Status of Refugees* and Article 3 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* is an error of fact and law.

(2) The designation, under Paragraph 159.3 of the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations* and Sections 5(1) and 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, of the United States of America, and the resulting application of the ineligibility provision under Section 101(1)(e) to such persons who do not meet one of the exceptions specified under Paragraphs 159.4, 159.5 or 159.6 of the *Regulations*:

- a. is patently unreasonable and is an error of fact and law;
- b. is contrary to the obligation set out in Section 3(3)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to apply the legislation in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory, and is therefore *ultra vires* the Governor-in-Council;
- c. is in breach of the rights to life, liberty, and/or security of the person of those subject to it and is not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to Section 7 of the Charter, and is not justified under Section 1 of the Charter; and

La demande d'autorisation et de contrôle judiciaire

[14] Le 29 décembre 2005, les intimés ont déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire dans le but d'obtenir un jugement déclarant que la désignation des États-Unis en vertu de l'article 102 de la LIPR outrepassait les pouvoirs conférés par cette loi, que le GC avait commis une erreur en concluant que les États-Unis se conformaient à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture et, en outre, que la désignation était contraire aux articles 7 et 15 de la Charte. Par souci de clarté, il est utile de reproduire intégralement les questions énoncées dans la demande de contrôle judiciaire qui a été présentée à la Cour fédérale :

[TRADUCTION]

1) La désignation, fondée sur l'article 159.3 du *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi que sur le paragraphe 5(1) et l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, des États-Unis d'Amérique à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* et à l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* est une erreur de fait et de droit.

2) La désignation, fondée sur l'article 159.3 du *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi que sur le paragraphe 5(1) et l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, des États-Unis d'Amérique et l'application de la disposition d'irrecevabilité de l'alinéa 101(1)e) aux personnes qui ne sont pas visées par l'une des exceptions prévues aux articles 159.4, 159.5 ou 159.6 du *Règlement* qui en résulte :

- a. sont manifestement déraisonnables et constituent une erreur de fait et de droit;
- b. sont contraires à l'obligation mentionnée à l'alinéa 3(3)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* d'appliquer la loi d'une manière conforme aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire et excèdent donc les pouvoirs du gouverneur en conseil;
- c. portent atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité des personnes visées, ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale, contrairement à l'article 7 de la Charte, et ne se justifient pas en vertu de l'article premier de la Charte;

d. is in breach of the rights to equality before and under the law and to equal protection and benefit of the law without discrimination, contrary to Section 15 of the Charter, and is not justified under Section 1 of the Charter.

[15] The remedies sought were a declaration that the designation of the U.S. is *ultra vires* the GIC and in breach of sections 7 and 15 of the Charter; that the delegation of authority to determine eligibility under paragraph 101(1)(e) of the IRPA to officers at ports of entry, and the failure to provide access to counsel during such eligibility determinations are contrary to the principles of natural justice and are in breach of section 7 of the Charter—the second aspect of this remedy (access to counsel) was denied by the applications Judge (reasons, at paragraphs 288 and 289) and is no longer in issue—and any other relief as the applicants may advise and that the Court may permit (appeal book, application for leave and for judicial review, Vol. 1, at page 133).

[16] Leave to proceed with the application was granted on June 29, 2006.

[17] In the supplementary memorandum of fact and law, which the respondents filed in support of their judicial review application, after leave was granted, they also argued that the GIC had, since the time of promulgation, breached its obligation to ensure a continuing review pursuant to subsection 102(3) of the IRPA (respondents' supplementary memorandum of fact and law, appeal book, Vol. 1, at page 200, paragraphs 89 to 97).

Standing

[18] The respondent organizations argued for public interest standing as organizations that advocate for refugee rights. In the context of this generalized attack on the Regulations, the involvement of John Doe, whose identity is protected by a confidentiality order, becomes relevant. John Doe is a U.S. refugee claimant who was denied refugee status in the U.S. and claimed that he would have sought asylum in Canada but for the Regulations (John

d. portent atteinte aux droits à l'égalité et à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, contrairement à l'article 15 de la Charte, et ne se justifient pas en vertu de l'article premier de la Charte.

[15] Les intimés demandaient les réparations suivantes : un jugement déclarant que la désignation des États-Unis excède les pouvoirs du GC et contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte et que la délégation, aux agents aux points d'entrée, du pouvoir de statuer sur la recevabilité d'une demande dans le cas visé à l'alinéa 101(1)e) de la LIPR et le fait que l'intéressé n'a pas accès aux services d'un avocat à cet égard sont contraires aux principes de justice naturelle et à l'article 7 de la Charte — le deuxième volet de cette réparation (l'accès aux services d'un avocat) a été rejeté par le juge de première instance (motifs, aux paragraphes 288 et 289) et n'est plus en litige en l'espèce — ainsi que toute autre réparation que les intimés pourraient solliciter et que la Cour pourrait autoriser (dossier d'appel, demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, vol. 1, à la page 133).

[16] L'autorisation relative à la demande de contrôle judiciaire a été accordée le 29 juin 2006.

[17] Dans le mémoire supplémentaire des faits et du droit qu'ils ont déposé au soutien de leur demande de contrôle judiciaire après avoir obtenu l'autorisation, les intimés ont aussi fait valoir que, depuis que le Règlement avait été pris, le GC avait manqué à son obligation d'assurer un suivi que lui impose le paragraphe 102(3) de la LIPR (mémoire supplémentaire des faits et du droit des intimés, dossier d'appel, vol. 1, à la page 200, paragraphes 89 à 97).

La qualité pour agir

[18] Les organisations intimées prétendaient qu'elles avaient qualité pour agir dans l'intérêt public car elles défendent les droits des réfugiés. Dans le contexte de cette contestation générale du Règlement, l'intervention de M. Untel, dont l'identité est protégée par une ordonnance de confidentialité, est importante. M. Untel est un demandeur d'asile des États-Unis à qui l'asile avait été refusé dans ce pays et qui soutenait qu'il aurait demandé

Doe affidavit, appeal book, Vol. 2, at page 390, paragraph 25).

[19] John Doe was initially denied refugee status in the U.S. after arriving with his wife from Colombia on June 18, 2000, on a tourist visa. Approximately 14 months later, on August 9, 2001, the U.S. commenced removal proceedings against John Doe and his wife. On December 14, 2001, John Doe submitted an application for asylum and, in the alternative, a withholding of removal based on a fear of persecution. His application was denied as a result of having failed to apply for refugee status within one year of arriving in the U.S and his application for withholding removal was refused because he failed to establish his claim on the standard of “a clear probability of persecution” required for withholding to be granted (John Doe affidavit, appeal book, Vol. 2, at page 389, paragraphs 23 and 24). He did not appeal this decision and continued to live illegally in the U.S. He never approached the Canadian border as he had been informed (from an unknown source) that he was ineligible to make a claim in Canada (John Doe affidavit, appeal book, Vol. 2, at page 390, paragraph 25).

[20] During the course of the proceedings before the Federal Court, counsel for the respondent organizations also represented John Doe as he had no independent counsel. On February 1, 2007, John Doe was arrested by U.S. authorities and faced imminent deportation. The respondents filed a motion for an injunction before the Federal Court to compel the appellant “to allow John Doe and his wife to enter Canada” pending the disposition of the judicial review application which they had brought, or in the alternative, an order “restraining the [appellant] from denying him and his wife entry to Canada” (appeal book, Vol. 15, at page 4588). Accompanying this motion were renewed allegations of threats by the Revolutionary Armed Forces of Colombia (the FARC) directed against John Doe.

[21] On February 7, 2007, the applications Judge issued a conditional order providing that if John Doe were to arrive at a Canadian port of entry, he was not to be removed by Canadian authorities (appeal book, Vol.

l’asile au Canada n’eût été du Règlement (affidavit de M. Untel, dossier d’appel, vol. 2, à la page 390, paragraphe 25), est devenu partie à l’instance.

[19] M. Untel s’est vu refuser l’asile aux États-Unis après être entré dans ce pays avec sa femme en provenance de la Colombie le 18 juin 2000, en vertu d’un visa de touriste. Quatorze mois plus tard environ, le 9 août 2001, les États-Unis ont entrepris une procédure de renvoi contre lui et sa femme. Le 14 décembre 2001, M. Untel a demandé l’asile et, subsidiairement, un sursis de son renvoi parce qu’il craignait d’être persécuté. Sa demande a été rejetée au motif qu’il n’avait pas demandé l’asile dans l’année suivant son arrivée aux États-Unis et son renvoi n’a pas été reporté parce qu’il n’avait pas démontré qu’il était [TRADUCTION] « manifestement probable qu’il soit persécuté » (affidavit de M. Untel, dossier d’appel, vol. 2, à la page 389, paragraphes 23 et 24). Il n’a pas interjeté appel de cette décision et a continué à vivre illégalement aux États-Unis. Il n’a jamais tenté de franchir la frontière canadienne parce qu’il avait appris (d’une source anonyme) qu’il ne pouvait pas demander l’asile au Canada (affidavit de M. Untel, dossier d’appel, vol. 2, à la page 390, paragraphe 25).

[20] Devant la Cour fédérale, M. Untel était représenté par l’avocat des organisations intimées car il n’avait pas son propre avocat. Le 1^{er} février 2007, M. Untel a été arrêté par les autorités américaines et était sur le point d’être expulsé. Les intimés ont déposé une requête en injonction devant la Cour fédérale afin que celle-ci enjoigne à l’appelante [TRADUCTION] « d’autoriser M. Untel et son épouse à entrer au Canada » jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur la demande de contrôle judiciaire qu’ils avaient présentée ou, subsidiairement, qu’elle [TRADUCTION] « interdise à [l’appelante] de refuser l’entrée au Canada à M. Untel et à son épouse » (dossier d’appel, vol. 15, à la page 4588). Cette requête était étayée par de nouvelles allégations concernant des menaces qui auraient été formulées par les Forces armées révolutionnaires de Colombie (les FARC) à l’endroit de M. Untel.

[21] Le 7 février 2007, le juge de première instance a rendu une ordonnance conditionnelle selon laquelle M. Untel ne serait pas renvoyé par les autorités canadiennes s’il se présentait à un point d’entrée canadien (dossier

15, at page 4586). The applications Judge declined to provide any other relief until John Doe had exhausted all his remedies before the U.S. courts (appeal book, Vol. 15, at page 4588). In the meantime, the U.S. Board of Immigration Appeals reopened John Doe's claim and remanded it to an immigration judge for reconsideration and John Doe was eventually released from custody. Consequently, Phelan J. dismissed the remaining aspects of the respondents' motion which he had kept in abeyance (appeal book, Vol. 15, at page 4610).

The evidence

[22] In support of their application for judicial review, the respondents filed a series of affidavits from U.S. academics and practitioners (reasons [of the applications Judge], at paragraph 106 [subsequent references to reasons also refer to those of the applications Judge]), covering various aspects of U.S. asylum law and policy until the filing of the application. These affidavits attempt to establish the current state of U.S. asylum law and policy and generally allege an erosion of U.S. institutions, laws and practices including an expansion of exclusions from protection, the use of detention, restrictions on appeals and codification of questionable asylum laws. In particular, the affidavit evidence was adduced by the respondents to demonstrate:

That persons who fail to make a claim within one year of their arrival in the U.S. are improperly barred from consideration for asylum contrary to the Refugee Convention and although a claimant would still be eligible for a withholding removal, the U.S. law imposes a higher risk standard in relation to withholding removals, being—more likely than not (supplementary memorandum, appeal book, Vol. 1, page 200, at paragraphs 48-55);

The U.S. exclusion from consideration for asylum or withholding of removal of serious criminals, those who are a danger to security or terrorists goes further than what is permitted by the Conventions (*idem*, at paragraphs 56-57);

That the U.S. interprets too narrowly certain of the criteria under the Convention for granting protection. In particular, they contend that the U.S. fails to interpret the definition of refugee

d'appel, vol. 15, à la page 4586). Le juge de première instance a refusé de prendre d'autres mesures jusqu'à ce que M. Untel ait épuisé tous les recours qu'il pouvait exercer devant les tribunaux américains (dossier d'appel, vol. 15, à la page 4588). Entre temps, le U.S. Board of Immigration Appeals a rouvert le dossier de M. Untel et l'a renvoyé à un juge de l'immigration pour réexamen. M. Untel a finalement été libéré. En conséquence, le juge Phelan a rejeté les autres aspects de la requête des intimés qu'il avait laissés en suspens (dossier d'appel, vol. 15, à la page 4610).

La preuve

[22] Au soutien de leur demande de contrôle judiciaire, les intimés ont déposé plusieurs affidavits d'experts américains (motifs [du juge de première instance], au paragraphe 106 [les références ultérieures aux motifs renvoient également aux motifs du juge de première instance]), portant sur divers aspects de la politique et du droit américains en matière d'asile qui étaient en vigueur jusqu'au dépôt de la demande. Ces affidavits, qui visent à établir l'état actuel de la politique et du droit américains en matière d'asile, font généralement état d'une érosion des lois, des institutions et des usages américains, notamment l'élargissement des exclusions de la protection, l'utilisation de la détention, les restrictions en matière d'appel et la codification de dispositions législatives discutables sur l'asile. Les intimés ont produit ces affidavits pour démontrer en particulier :

[TRADUCTION] Que les personnes qui ne demandent pas l'asile dans l'année qui suit leur arrivée aux États-Unis ne peuvent pas demander l'asile par la suite, contrairement à la Convention sur les réfugiés, et, bien qu'un demandeur d'asile puisse toujours obtenir le sursis de son renvoi, le droit américain impose une norme plus élevée en matière de risque dans ces cas — le risque doit être plus probable que l'absence de risque (mémoire supplémentaire, dossier d'appel, vol. 1, page 200, aux paragraphes 48 à 55);

Que l'impossibilité, pour les grands criminels, ceux qui représentent un danger pour la sécurité ou les terroristes, de demander l'asile ou un sursis de leur renvoi excède ce que prévoient les Conventions (*idem*, aux paragraphes 56 et 57);

Que les États-Unis interprètent de manière trop restrictive certains des critères prévus par la Convention concernant la protection. En particulier, les intimés affirment que les États-Unis n'interprètent pas la définition de réfugié et qu'ils com-

and that the U.S. errs in the risk standard for torture (*idem*, at paragraphs 67-73);

That the U.S. practices impeded the successful advancement of a protection claim, more particularly by the detention of persons who are without valid status in the U.S. and those who arrive without proper documents (expedited removal) as well as by the failure to provide state-funded legal representation at all stages of the refugee determination process (*idem*, at paragraph 74 and Martin affidavit, appeal book, Vol. V, page 1210, at paragraphs 37, 38 and 191).

[23] The appellant also adduced expert affidavit evidence (reasons, at paragraph 106) covering the history and development of the safe third country concept in the European Union (the EU) member states, including the United Kingdom (the U.K.), information on the background, negotiations and terms of the Safe Third Country Agreement, the process leading to the designation of the U.S. as a safe third country and the adoption of the implementing Regulations, the compatibility of responsibility sharing agreements with the Refugee and Torture Conventions, a description of the U.S. refugee determination system and analysis of the specific areas of U.S. refugee laws and practices and human rights record attacked by the respondents, comparisons of the U.S. approach with the various approaches taken in the EU, U.K. and Canada in the specific areas impugned by the respondents and the implementation of the Safe Third Country Agreement at the Canada-U.S. border.

[24] In addition, on cross-examination of Bruce Scoffield, lead Citizenship and Immigration Canada official in the negotiation of the Safe Third Country Agreement with the U.S., the appellant provided a copy of the “advice” that Cabinet had received regarding U.S. compliance with the factors set out in subsection 102(2) of the IRPA, dated September 24, 2002.

[25] The parties confirmed that the witnesses adduced their evidence by way of sworn statements and that all cross-examinations thereon took place outside the presence of the applications Judge.

mettent une erreur au regard de la norme de risque de torture (*idem*, aux paragraphes 67 à 73);

Que les usages des États-Unis ont nui au traitement efficace des demandes de protection, en particulier à cause de la détention des personnes sans statut valide aux États-Unis et des personnes qui arrivent dans ce pays sans documents appropriés (renvoi accéléré), ainsi qu’à cause du défaut de fournir les services d’avocats rémunérés par l’État à toutes les étapes de l’examen des demandes d’asile (*idem*, au paragraphe 74 et affidavit de M. Martin, dossier d’appel, vol. V, page 1210, aux paragraphes 37, 38 et 191).

[23] L’appelante a aussi produit des affidavits d’experts (motifs, au paragraphe 106) traitant de l’historique et de l’élaboration de la notion de tiers pays sûr dans les États membres de l’Union européenne (l’UE), notamment au Royaume-Uni, du contexte, des négociations et des clauses de l’Entente sur les tiers pays sûrs, du processus menant à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr et de l’adoption du Règlement de mise en œuvre, ainsi que de la compatibilité des ententes sur le partage de la responsabilité avec les Conventions; décrivant le système américain de détermination du statut de réfugié; analysant les lois et les usages américains concernant les réfugiés et les antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne qui sont contestés par les intimés; comparant le système en place aux États-Unis et les différentes approches adoptées dans l’UE, au Royaume-Uni et au Canada relativement aux différents aspects contestés par les intimés; décrivant la mise en œuvre de l’Entente sur les tiers pays sûrs à la frontière canado-américaine.

[24] De plus, au cours du contre-interrogatoire de Bruce Scoffield, qui était le principal représentant de Citoyenneté et Immigration Canada lors de la négociation de l’Entente sur les tiers pays sûrs avec les États-Unis, l’appelante a produit une copie de l’[TRADUCTION] « avis » daté du 24 septembre 2002 que le Cabinet avait reçu concernant le fait que les États-Unis satisfaisaient aux facteurs décrits au paragraphe 102(2) de la LIPR.

[25] Les parties ont confirmé que les témoins ont été assermentés et que tous les contre-interrogatoires relatifs aux témoignages se sont déroulés en l’absence du juge de première instance.

The outcome

[26] In a lengthy decision comprising 340 paragraphs, the applications Judge allowed the application for judicial review, declaring that: the Safe Third Country Agreement and sections 159.1 to 159.7 of the Regulations were *ultra vires*; the GIC acted unreasonably in concluding that the U.S. was compliant with its Convention obligations; the GIC had failed to ensure continuing review of the designation of the U.S. as a safe third country as required by subsection 102(2) of the IRPA; and sections 159.1 to 159.7 of the Regulations violated sections 7 and 15 of the Charter.

[27] The formal judgment delivered on January 17, 2008, certifies the following three questions for consideration by this Court:

(1) What is the appropriate standard of review in respect of the Governor-in-Council's decision to designate the United States of America as a "safe third country" pursuant to s. 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

(2) Are paragraphs 159.1 to 159.7 (inclusive) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States of America *ultra vires* and of no legal force and effect?

(3) Does the designation of the United States of America as a "safe third country" alone or in combination with the ineligibility provision of clause 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* violate sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is such violation justified under section 1?

[28] Although also asked to certify a question about whether the respondents had standing to bring forth the application for the judicial review, the applications Judge declined to do so (appeal book, Vol. 15, at page 4616).

[29] The present appeal ensued and by order dated January 31, 2008 [(2008), 373 N.R. 387 (F.C.)], the Chief Justice stayed the operation of the judgment until the present pronouncement.

La décision

[26] Dans une longue décision comportant 340 paragraphes, le juge de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire, déclarant que l'Entente sur les tiers pays sûrs et les articles 159.1 à 159.7 du Règlement constituaient un excès de pouvoir; que le GC avait agi de façon déraisonnable en concluant que les États-Unis se conformaient aux obligations imposées par les Conventions; que le GC n'avait pas assuré le suivi de la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr contrairement à ce qu'exigeait le paragraphe 102(2) de la LIPR; que les articles 159.1 à 159.7 du Règlement étaient contraires aux articles 7 et 15 de la Charte.

[27] Le jugement formel, rendu le 17 janvier 2008, certifie les trois questions suivantes à l'intention de la Cour :

[TRADUCTION]

1) Quelle est la norme de contrôle qui s'applique à la décision du gouverneur en conseil de désigner les États-Unis d'Amérique à titre de « tiers pays sûr » en vertu de l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

2) Est-ce que les articles 159.1 à 159.7 (inclusivement) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'Entente sur les tiers pays sûrs conclue entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sont *ultra vires* et n'ont aucune valeur ou effet juridique?

3) La désignation des États-Unis d'Amérique à titre de « tiers pays sûr » seule ou combinée à la disposition sur la recevabilité contenue à l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* contrevient-elle aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et cette contravention se justifie-t-elle en vertu de l'article premier?

[28] Le juge de première instance a refusé de certifier la question de savoir si les intimés avaient qualité pour demander le contrôle judiciaire (dossier d'appel, vol. 15, à la page 4616).

[29] Le présent appel a ensuite été interjeté et, par une ordonnance rendue le 31 janvier 2008 [2008 CAF 40], le juge en chef a suspendu l'effet du jugement de première instance jusqu'à ce que la présente décision soit rendue.

FEDERAL COURT DECISION

[30] The applications Judge first determined that the three respondent organizations had standing to bring the judicial review application. In particular, he held that they had successfully established the third prong of the standing test, i.e. the absence of any other reasonable and effective manner to have this matter brought before a court. The applications Judge noted that no refugee from within Canada, seeking entry, can bring the claim. Only a refugee from outside Canada, an already vulnerable individual, could bring the challenge (reasons, at paragraphs 43, 44 and 45). The applications Judge distinguished the decision of the Supreme Court in *Canadian Council of Churches* on that basis (reasons, at paragraph 40). He went on to conclude that even without John Doe, these organizations bear recognition as legitimate applicants (reasons, at paragraph 51).

[31] In addressing John Doe's standing, the applications Judge reasoned that it is of no import that John Doe never approached the Canadian border as such a requirement would be wasteful, delaying and unfair (reasons, at paragraph 47). While the applications Judge acknowledged that the U.S. agreed to reconsider John Doe's claim, he did not accept that this was done in good faith. According to the applications Judge, this development can only be explained by the litigation undertaken before him (reasons, at paragraph 53). The applications Judge therefore reasoned that even though John Doe never showed up, he was to be considered as having presented himself at the border and as having been denied entry.

[32] The applications Judge begins his substantive analysis by referring to the promulgation on October 12, 2004, of section 159.3 of the Regulations designating the U.S. as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture (reasons, at paragraph 26). He describes "this designation" as "the central point of contention in this judicial review" (*idem*).

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[30] Le juge de première instance a d'abord déterminé que les trois organisations intimées avaient qualité pour présenter la demande de contrôle judiciaire. Il a considéré en particulier qu'elles avaient démontré qu'elles satisfaisaient au troisième volet du critère relatif à la qualité pour agir, soit l'inexistence de toute autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à un tribunal. Le juge de première instance a souligné qu'aucun réfugié ne peut demander l'asile à partir du Canada. Seul un réfugié se trouvant à l'extérieur du Canada, une personne déjà vulnérable, pourrait présenter la contestation (motifs, aux paragraphes 43, 44 et 45). Il a fait une distinction d'avec *Conseil canadien des Églises*, pour cette raison (motifs, au paragraphe 40). Il a conclu que, même sans un demandeur du nom de M. Untel, il convenait de reconnaître la qualité de demandeurs légitimes aux trois organisations (motifs, au paragraphe 51).

[31] En ce qui concerne la qualité pour agir de M. Untel, le juge de première instance a indiqué qu'il était sans importance que ce dernier n'ait jamais tenté de franchir la frontière canadienne car une telle exigence serait injuste, entraînerait des délais et constituerait du gaspillage (motifs, au paragraphe 47). Bien qu'il ait reconnu que les États-Unis avaient accepté de réétudier la demande d'asile de M. Untel, il n'était pas convaincu que cela avait été fait de bonne foi. Selon lui, ce ne pouvait être qu'en raison du procès se déroulant devant lui que les autorités américaines avaient pris cette décision (motifs, au paragraphe 53). Par conséquent, il a conclu que, même si M. Untel ne s'était jamais présenté à la frontière, il fallait considérer qu'il l'avait fait et que l'autorisation d'entrer lui avait été refusée.

[32] Le juge de première instance commence son analyse de fond en traitant de la prise de l'article 159.3 du Règlement le 12 octobre 2004. Cette disposition désignait les États-Unis à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture (motifs, au paragraphe 26). Il décrit « [c]ette désignation » comme « le point de discordance central dans la présente instance en contrôle judiciaire » (*idem*).

[33] He later repeats (reasons, at paragraph 55) that the central issue is whether section 159.3 is *ultra vires* the power given by Parliament to make such regulations (hereinafter the *vires* issue). That in turn depends on whether the conditions precedent for the exercise of the delegated authority by the GIC were present when the designation was made.

[34] The applications Judge then begins exploring these conditions. He acknowledges that subsection 102(2) of the IRPA sets out several factors which must be considered before designating a country and that the GIC considered these factors before designating the U.S. as a safe third country (reasons, at paragraph 78):

The wording of the [Regulatory Impact Analysis Statement] establishes that the GIC considered the application of the four factors. Furthermore, the [respondents] set out in detail the content of a memorandum to the GIC created on September 24, 2002, and signed by the relevant Minister at the time. This memorandum appears to be the basis upon which the GIC entered into the STCA. In reviewing the points the [respondents] extract from that memorandum, it is clear that the GIC, in reading and reviewing the Minister's memorandum would have turned their mind to the four factors in the legislation, including the U.S. human rights record in general.

[35] However, beyond the conditions set out in subsection 102(2) of the IRPA, the applications Judge holds that the main condition is paragraph 102(1)(a) of the IRPA, which provides that the GIC is authorized to promulgate regulations “designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture” (reasons, at paragraph 79). According to the applications Judge compliance with the Conventions is a condition precedent to the exercise by the GIC of its delegated authority (*idem*). Although the issue whether the U.S. complies is, to some extent, a matter of opinion (reasons, at paragraph 80), the question to be decided is objective “compliance or not” (reasons, at paragraph 83).

[36] The applications Judge then addresses the standard of review. Later in his reasons he acknowledges that determining whether the conditions precedent to the

[33] Il répète plus loin (motifs, au paragraphe 55) que la question centrale est celle de savoir si l'article 159.3 du Règlement excède le pouvoir de prendre un tel règlement qui est conféré par le législateur (la question de la légalité). Pour répondre à cette question, il faut déterminer si les conditions préalables à l'exercice, par le GC, du pouvoir qui lui est délégué existaient lorsque la désignation a été faite.

[34] Le juge de première instance examine ensuite ces conditions. Il reconnaît que le paragraphe 102(2) de la LIPR décrit plusieurs facteurs dont il faut tenir compte avant de désigner un pays et que le GC a tenu compte de ces facteurs avant de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr (motifs, au paragraphe 78) :

Il ressort par ailleurs du [Résumé de l'étude d'impact de la réglementation] que le gouverneur en conseil a tenu compte de l'application des quatre facteurs. De plus, les [intimés] ont exposé en détail le contenu d'un mémoire au gouverneur en conseil rédigé le 24 septembre 2002 et signé par le ministre de l'époque. Ce mémoire semble être le texte sur lequel le gouverneur en conseil s'est appuyé pour conclure l'Entente. L'examen des points que les [intimés] font ressortir de ce mémoire démontre à l'évidence qu'en lisant et en examinant le mémoire du ministre, le gouverneur en conseil aurait tenu compte des quatre facteurs énumérés dans la loi, y compris des antécédents des États-Unis en matière de respect des droits de la personne en général.

[35] Le juge de première instance estime toutefois que la condition la plus importante est celle qui est prévue à l'alinéa 102(1)a) de la LIPR. Aux termes de cette disposition, le GC peut prendre des règlements prévoyant « la désignation des pays qui se conforment à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture » (motifs, au paragraphe 79). Selon le juge de première instance, la conformité aux Conventions constitue une condition préalable à l'exercice, par le GC, du pouvoir qui lui est délégué (*idem*). Bien que la question de savoir si les États-Unis se conforment aux instruments internationaux en question soit, dans une certaine mesure, une question d'opinion (motifs, au paragraphe 80), la décision, elle, est objective : « il y [a] conformité ou non » (motifs, au paragraphe 83).

[36] Le juge de première instance traite ensuite de la question de la norme de contrôle. Plus loin dans ses motifs, il reconnaît que la question de savoir si les condi-

exercise of the delegated authority are present is a simple matter that stands to be reviewed on a standard of correctness (reasons, at paragraph 75). However, the respondents also take issue with the “decision” of the GIC which led to the designation, “an argument involving the standard of review and its application” (reasons, at paragraph 54). After conducting a pragmatic and functional analysis (reasons, at paragraphs 88 to 105), the applications Judge holds that the applicable standard of review is reasonableness *simpliciter* (as it was then known).

[37] He then embarks on an extensive analysis to determine both whether the designation was *ultra vires*, and whether the GIC had failed to perform its statutory duty to review the designation thereafter as contemplated by subsection 102(2) of the IRPA. The applications Judge does not explain how this second issue came to be part of the judicial review application.

[38] With respect to the extensive expert evidence filed by the parties (he highlights six affidavits filed on behalf of the respondents and three on behalf of the appellant) expressing contradictory opinion on the issue whether the U.S. was compliant with the relevant articles of the Conventions, the applications Judge rules in two swift paragraphs that the respondents’ evidence is to be preferred whenever there is a conflict in views (reasons, at paragraphs 108 and 109):

I find the [respondents’] experts to be more credible, both in terms of their expertise and the sufficiency, directness and logic of their reports and their cross-examination thereon. I also recognized and have given the appropriate weight to the fact that some of the [respondents’] experts could be said to speak for or have “constituencies” which means that their evidence may lean in a direction more favourably to the constituency. The same can be said for the [appellant’s] experts who testify in support of either a process in which they have been engaged from the beginning or in support of a system they have worked in. Taking account of these subjective factors, I find the [respondents’] experts to be more objective and dispassionate in their analysis and report.

Therefore, I have been persuaded that, where in conflict, the [respondents’] evidence is to be preferred.

tions préalables à l’exercice du pouvoir délégué existent est une question simple à laquelle s’applique la norme de la décision correcte (motifs, au paragraphe 75). Les intimés contestent cependant également la « décision » du GC à l’origine de la désignation, un « moyen [qui] intéresse la norme de contrôle et son application » (motifs, au paragraphe 54). Après avoir effectué une analyse pragmatique et fonctionnelle (motifs, aux paragraphes 88 à 105), le juge de première instance statue que la norme de contrôle qui s’applique est celle de la décision raisonnable *simpliciter* (comme on l’appelait alors).

[37] Le juge de première instance entreprend ensuite une longue analyse afin de déterminer si la désignation excédait les pouvoirs du GC et si celui-ci avait manqué à son obligation d’assurer le suivi de la désignation comme l’exige le paragraphe 102(2) de la LIPR. Il n’explique pas comment cette deuxième question en est arrivée à faire partie de la demande de contrôle judiciaire.

[38] En ce qui concerne la preuve d’expert abondante produite par les parties (il met en évidence six affidavits déposés pour le compte des intimés et trois pour le compte de l’appelante) dans lesquels des opinions contradictoires sont exprimées concernant la conformité des États-Unis aux articles pertinents des Conventions, le juge de première instance statue, dans deux courts paragraphes, que c’est la preuve des intimés qu’il convient de préférer en cas de divergence d’opinions (motifs, aux paragraphes 108 et 109) :

J’estime que les experts des [intimés] sont plus crédibles, tant en ce qui concerne leurs connaissances techniques qu’en ce qui a trait à la suffisance, à la logique et au caractère direct de leur rapport qu’en ce qui concerne le contre-interrogatoire qu’ils ont subi sur ce dernier. Je reconnais aussi que l’on pourrait affirmer que certains des experts des [intimés] parlaient pour leurs « mandants » et j’ai tenu dûment compte de cette réalité, ce qui veut dire que leur témoignage était susceptible d’être davantage favorable aux personnes au nom desquelles ils témoignaient. On peut en dire autant des experts de [l’appelante], qui ont défendu, dans leur témoignage, une procédure dans laquelle ils sont engagés depuis le début ou un système dans lequel ils travaillent. Compte tenu de ces facteurs subjectifs, je conclus que les experts des [intimés] se sont montrés plus objectifs et impartiaux dans leur analyse et leur rapport.

On m’a donc persuadé qu’en cas de conflit, c’est la preuve des [intimés] qu’il convient de préférer.

[39] The applications Judge then proceeds to review what he describes as “legal facts” to ascertain whether the U.S. protects refugees from refoulement. He notes that the issue is whether the U.S. offers “actual” protection (reasons, at paragraph 136). The applications Judge collapses into one his analysis of whether the designation was validly made and whether the GIC had subsequently failed to conduct an ongoing review as required by subsection 102(3) of the IRPA. He indiscriminately reviews evidence which precedes and follows the effective date of the designation before concluding both that the designation was *ultra vires* and that the GIC had thereafter failed to conduct the ongoing review as required by subsection 102(3) of the IRPA (reasons, at paragraph 240). The formal judgment gives effect to both of these conclusions. (Although this is not said anywhere in the formal judgment or the reasons, both conclusions cannot stand at once. If the designation of the U.S. was *ultra vires* as was found, the GIC could not have breached its ongoing obligation to review it.)

[40] In addressing the Charter challenge, the applications Judge first determines that the applicable standard of review for determining whether the designation of the U.S. as a safe third country violates the Charter is correctness (reasons, at paragraph 276). According to the applications Judge, if Canadian officials return a refugee claimant to the U.S., pursuant to the Safe Third Country Agreement, this action must be in compliance with the Charter (reasons, at paragraph 281; relying on *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 and *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283). He then proceeds to address the Charter challenge based on his earlier finding that the U.S. is not compliant with the Conventions.

[41] According to the applications Judge, a refugee’s right to life, liberty and security is clearly put at risk when he or she is returned to the U.S. under the Safe Third Country Agreement, if the U.S. does not comply with the Conventions (reasons, at paragraph 285). In considering whether the deprivation of a person’s right to life, liberty and security is nevertheless in accordance with the fundamental principles of justice, he finds that

[39] Le juge de première instance procède ensuite à un examen de ce qu’il appelle les « faits juridiques » afin de savoir si les États-Unis protègent les réfugiés contre le refoulement. Il souligne que la question est de savoir si les États-Unis offrent une protection « effective » contre le refoulement (motifs, au paragraphe 136). Il analyse simultanément la question de savoir si la désignation était valide et la question de savoir si le GC avait omis d’assurer le suivi exigé par le paragraphe 102(3) de la LIPR. Il examine la preuve antérieure et postérieure à la date d’entrée en vigueur de la désignation, sans faire de différence entre les deux, et arrive à la conclusion que la désignation excédait les pouvoirs du GC et que ce dernier n’avait pas assuré le suivi exigé par le paragraphe 102(3) de la LIPR (motifs, au paragraphe 240). Le jugement formel donne effet à ces deux conclusions. (Bien que le jugement formel et les motifs ne le disent pas, ces conclusions s’excluent l’une l’autre. En effet, si la désignation des États-Unis excédait les pouvoirs du GC comme le juge de première instance l’a conclu, le GC ne pouvait pas avoir manqué à son obligation d’en assurer le suivi.)

[40] En ce qui concerne la contestation fondée sur la Charte, le juge de première instance décide d’abord que la norme de contrôle applicable à la question de savoir si la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr contrevient à la Charte est celle de la décision correcte (motifs, au paragraphe 276). Selon lui, si les autorités canadiennes renvoient un demandeur d’asile aux États-Unis en vertu de l’Entente sur les tiers pays sûrs, elles doivent le faire en conformité avec la Charte (motifs, au paragraphe 281; le juge de première instance s’appuie sur *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283). Il examine ensuite la contestation fondée sur la Charte en tenant compte de la conclusion qu’il a tirée précédemment selon laquelle les États-Unis ne se conforment pas aux Conventions pertinentes.

[41] Selon le juge de première instance, il ne fait aucun doute que le droit d’un réfugié à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne est compromis lorsqu’il est renvoyé aux États-Unis en vertu de l’Entente sur les tiers pays sûrs si les États-Unis ne se conforment pas aux Conventions (motifs, au paragraphe 285). En déterminant si l’atteinte au droit d’une personne à la vie, à la liberté et à la sécurité est néanmoins conforme aux principes de

the lack of discretion for a Canadian immigration officer to allow a claimant to remain in Canada after determining that the claimant does not fall within the enumerated exceptions to the Safe Third Country Agreement, violates the principles of fundamental justice (reasons, at paragraphs 304 and 307).

[42] While recognizing that his conclusion is based on his findings under the *vires* analysis that the U.S. is not a safe country, the applications Judge suggests that the Regulations may violate the Charter even if the U.S. was a safe country (reasons, at paragraphs 311 and 312).

[43] Turning to the section 15 Charter challenge, the applications Judge finds, following an examination of the relevant factors (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraph 51), that there is discrimination. According to the applications Judge, women and Colombian nationals have suffered a pre-existing disadvantage and the use of limited exceptions to the Safe Third Country Agreement does not address the specific needs of these individuals (reasons, at paragraphs 325 to 333). Furthermore, this unequal treatment cannot be justified under section 1 of the Charter (reasons, at paragraphs 335 and 336).

POSITION OF THE PARTIES

[44] Dealing with the *vires* issue, the appellant contends that the applications Judge erred by reviewing the promulgation of section 159.3 of the Regulations, which designates the U.S. as a safe third country, as if it was an administrative decision to be assessed on a standard of reasonableness. According to the appellant the matter before the applications Judge was a pure *vires* issue, and his only task was to verify whether the conditions precedent for the exercise of the delegated authority were present at the time of the promulgation.

[45] The appellant contends that the applications Judge erred in finding that compliance with the relevant articles of the Conventions in an absolutist sense is a condition precedent to the exercise of the delegated authority.

justice fondamentale, le juge de première instance conclut que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant à un agent d'immigration canadien d'autoriser un demandeur d'asile à demeurer au Canada après avoir déterminé que celui-ci n'est visé par aucune des exceptions à l'Entente sur les tiers pays sûrs contrevient aux principes de justice fondamentale (motifs, aux paragraphes 304 et 307).

[42] Tout en reconnaissant que sa conclusion est fondée sur son analyse de la légalité qui a démontré que les États-Unis ne sont pas un pays sûr, le juge de première instance laisse entendre que le Règlement pourrait contrevioler la Charte même si les États-Unis étaient un pays sûr (motifs, aux paragraphes 311 et 312).

[43] En ce qui concerne l'article 15 de la Charte, le juge de première instance conclut, après avoir examiné les facteurs pertinents (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 51), qu'il y a discrimination. Selon lui, les femmes et les ressortissants colombiens ont fait l'objet d'un désavantage préexistant et les exceptions limitées à l'Entente sur les tiers pays sûrs ne répondent pas à leurs besoins particuliers (motifs, aux paragraphes 325 à 333). En outre, cette inégalité de traitement ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la Charte (motifs, aux paragraphes 335 et 336).

LA POSITION DES PARTIES

[44] Au sujet de la question de la légalité, l'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en considérant la prise de l'article 159.3 du Règlement, qui désigne les États-Unis à titre de tiers pays sûr, comme s'il s'agissait d'une décision administrative assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Selon l'appelante, le juge de première instance était saisi d'une pure question de légalité et il devait seulement vérifier si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir délégué existaient au moment de la prise du Règlement.

[45] L'appelante soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la conformité rigoureuse aux articles pertinents des Conventions est une condition préalable à l'exercice du pouvoir

Paragraph 102(1)(a) of the IRPA sets out the statutory objective which is to designate countries that comply with the Conventions and the means of ascertaining compliance are set out in subsection 102(2) of the IRPA. By finding that “compliance” in an absolutist sense is a condition precedent, the applications Judge second guessed the promulgation of the designation. As such he usurped the authority which Parliament had expressly delegated to the GIC.

[46] In the alternative, the evidence establishes that the U.S. complies with the relevant articles of the Conventions. The conclusion reached by the applications Judge that the U.S. is not compliant is based on a “perverse” approach to the evidence as revealed by his one-sided assessment of the expert evidence, and his failure to confront the position of the UNHCR that the U.S., like Canada, is a “safe” country (Scofield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, Exhibit B-10, at page 3247).

[47] Finally, with respect to the Charter violations found to have taken place, the appellant argues that Charter litigation does not involve administrative law standards of judicial review. Rather, a person alleging Charter violations has the burden of demonstrating infringement on a balance of probabilities. The appellant submits that the applications Judge ignored these fundamental principles and erred in undertaking a Charter analysis in the context of a purely hypothetical situation.

[48] The respondents, for their part, contend that the applications Judge came to the correct conclusion for the reasons that he gave with respect to all the issues that he was called upon to decide. They further submit that it would be “absurd” to construe the relevant provisions of the IRPA as allowing the GIC to designate a country that does not “actually” comply with the relevant articles of the Conventions.

[49] The respondents add that this appeal is an attempt to relitigate factual issues. The findings made by the applications Judge on the U.S. protection system and

délégué. L’alinéa 102(1)a) de la LIPR énonce le but qu’il vise, à savoir la désignation de pays qui se conforment aux Conventions, et les moyens de vérifier la conformité sont décrits au paragraphe 102(2) de la LIPR. En concluant que la « conformité » rigoureuse est une condition préalable, le juge de première instance a remis en question la désignation. Il a ainsi usurpé le pouvoir que le législateur avait expressément conféré au GC.

[46] Subsidièrement, la preuve démontre que les États-Unis se conforment aux articles pertinents des Conventions. La conclusion contraire à laquelle le juge de première instance est arrivé est fondée sur une interprétation [TRADUCTION] « abusive » de la preuve, laquelle ressort de son appréciation partielle de la preuve d’expert et de son défaut de tenir compte de l’opinion du HCR selon laquelle les États-Unis, comme le Canada, sont un pays « sûr » (affidavit de M. Scofield, dossier d’appel, vol. 11, onglet 33, pièce B-10, à la page 3247).

[47] Finalement, en ce qui concerne les atteintes qui, selon le juge de première instance, ont été portées aux droits garantis par la Charte, l’appelante prétend que les normes de contrôle judiciaire établies en droit administratif ne s’appliquent pas dans les affaires relatives à la Charte. En fait, une personne qui allègue des atteintes à la Charte doit en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. L’appelante affirme que le juge de première instance n’a pas tenu compte de ces principes fondamentaux et a commis une erreur en procédant à une analyse fondée sur la Charte dans le contexte d’une situation totalement hypothétique.

[48] Pour leur part, les intimés soutiennent que la conclusion du juge de première instance est correcte et étayée par les motifs qu’il a donnés relativement à toutes les questions qu’il devait trancher. Ils font valoir qu’il serait [TRADUCTION] « absurde » d’interpréter les dispositions pertinentes de la LIPR comme si elles permettaient au GC de désigner un pays qui ne se conforme pas [TRADUCTION] « effectivement » aux articles pertinents des Conventions.

[49] Les intimés ajoutent que le présent appel vise à remettre en litige les questions de fait. Les conclusions du juge de première instance sur le système de protection

human rights record cannot be reviewed in the absence of a palpable or overriding error, none of which has been established.

[50] At the hearing of the appeal, counsel for the respondents indicated that, rather than striking down sections 159.1 to 159.7 of the Regulations, the applications Judge could have limited his Charter remedy to a declaration that the Regulations were in breach of the Charter only to the extent that they fail to give border officers the discretion to allow a refugee claimant to remain in Canada on grounds other than those enumerated in section 159.5 of the Regulations (see paragraph 12 above). According to counsel, this absence of discretion is what creates a real risk of refoulement for a class of refugees, contrary to section 7 of the Charter.

ANALYSIS AND DECISION

First certified question: Standard of review

[51] The first question certified by the applications Judge deals with the *vires* issue and seeks to identify the appropriate standard of review in respect of the GIC's "decision" to designate the U.S. as a safe third country. In this respect, a preliminary issue arises as to whether the promulgation of the designation is a "decision" subject to judicial review pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the *Federal Courts Act*).

[52] When served with the application for judicial review, the GIC had the obligation pursuant to the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1] to forward to the Federal Court Registry the reasons for the "decision" to promulgate the designation. The position taken by the GIC in this regard is set out in a letter forwarded to the Registry on February 4, 2006, the body of which reads:

et les antécédents en matière de respect des droits de la personne des États-Unis ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, sauf erreur manifeste ou dominante. Or, une telle erreur n'a pas été établie.

[50] À l'audition de l'appel, l'avocat des intimés a indiqué que le juge de première instance aurait pu, au lieu d'invalider les articles 159.1 à 159.7 du Règlement, limiter la réparation qu'il a accordée en vertu de la Charte à un jugement déclarant que le Règlement contrevient à la Charte uniquement dans la mesure où il ne conférerait pas aux agents à la frontière le pouvoir discrétionnaire d'autoriser un demandeur d'asile à demeurer au Canada pour d'autres motifs que ceux énumérés à l'article 159.5 du Règlement (voir le paragraphe 12 ci-dessus). Selon l'avocat, c'est cette absence de pouvoir discrétionnaire qui crée un risque véritable de refoulement pour une catégorie de réfugiés, contrairement à l'article 7 de la Charte.

L'ANALYSE ET LA DÉCISION

La première question certifiée : la norme de contrôle

[51] La première question qui a été certifiée par le juge de première instance a trait à la question de la légalité et a pour but de déterminer la norme de contrôle qui s'applique à la « décision » du GC de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr. Une question préliminaire se pose à cet égard : la désignation est-elle une « décision » susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la *Loi sur les Cours fédérales*)?

[52] Lorsque la demande de contrôle judiciaire lui a été signifiée, le GC avait l'obligation de transmettre au greffe de la Cour fédérale les motifs de la « décision » de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr, conformément aux *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1]. La position adoptée par le GC à cet égard est décrite dans une lettre transmise au greffe le 4 février 2006. Le corps de cette lettre est libellé ainsi :

This is in response to a request pursuant to Rule 9 of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, 1993*.

While there is no decision as such in this case, the *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, S.O.R./2004-217*, constitute the decision and reasons.

Pursuant to Rule 9(2)(a) of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, 1993*, I certify the enclosed two copies as correct copies of the original.

[53] This response with which the respondents do not take issue (notice of application, appeal book, Vol. I, at pages 133 to 135) conforms with the generally accepted view that the “decision” of the GIC to promulgate regulations, just like the “decision” by members of Parliament to enact legislation, is not subject to review by the courts (as to the latter, note subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* (originally introduced by S.C. 1990, c. 8, s. 1 [and am. by S.C. 2006, c. 9, s. 38]) which provides that “[f]or greater certainty,” the House of Commons is not a federal board and therefore not subject to judicial review). That said, the legality or *vires* of a regulation promulgated under the authority of Parliament has always been open to challenge before the courts and to that extent, the actions of the GIC are subject to judicial review. This distinction between what can be reviewed and what falls outside the purview of the courts is highlighted by the Supreme Court in *Thorne’s Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, at page 111:

The mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond judicial review: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735 at p. 748. I have no doubt as to the right of the courts to act in the event that statutorily prescribed conditions have not been met and where there is therefore fatal jurisdictional defect. Law and jurisdiction are within the ambit of judicial control and the courts are entitled to see that statutory procedures have been properly complied with: *R. v. National Fish Co.*, [1931] Ex. C.R. 75; *Minister of Health v. The King (on the Prosecution of Yaffe)*, [1931] A.C. 494 at p. 533. Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although, as I have indicated, the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other

[TRADUCTION] La présente réponse fait suite à une demande présentée en vertu de l’article 9 des *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés* (1993).

Comme il n’y a pas de décision en tant que telle dans cette affaire, le *Règlement modifiant le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, D.O.R.S./2004-217, constitue la décision et les motifs.

Conformément à l’alinéa 9(2)a) des *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés*, je certifie conformes les deux copies ci-jointes.

[53] Cette réponse que les intimés ne contestent pas (avis de demande, dossier d’appel, vol. 1, aux pages 133 à 135) est conforme à l’opinion généralement acceptée que la « décision » du GC de prendre le règlement, tout comme la « décision » des députés d’adopter une loi, ne sont pas susceptibles de contrôle par les tribunaux (pour ce qui est de l’action des députés, voir le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* (édicte à l’origine par L.C. 1990, ch. 8, art. 1 [et mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 38]), selon lequel « [i] est entendu » que la Chambre des communes n’est pas un office fédéral, de sorte que ses décisions ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire). Cela étant dit, la légalité d’un règlement pris en vertu d’un pouvoir conféré par le législateur au motif qu’il excède ce pouvoir a toujours pu être contestée devant les tribunaux et dans cette mesure, les actions du GC sont susceptibles de contrôle judiciaire. Cette distinction entre ce qui peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire et ce qui échappe à la compétence des tribunaux est mise en évidence par la Cour suprême dans *Thorne’s Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, à la page 111 :

La simple attribution par la loi d’un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe au contrôle judiciaire : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 748. Je n’ai pas le moindre doute sur le droit des cours d’intervenir dans les cas où il y a non-respect des conditions prescrites par la loi et, par conséquent, défaut de compétence fatal. Le droit et la compétence sont susceptibles d’examen judiciaire et les cours ont le pouvoir de veiller à ce que les procédures prévues par la loi soient suivies à la lettre : *R. v. National Fish Co.*, [1931] R.C. de l’É. 75; *Minister of Health v. The King (on the Prosecution of Yaffe)*, [1931] A.C. 494, à la p. 533. Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je

compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action. This is not such a case.

[54] The dividing line was succinctly identified by Strayer J.A. in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595 (C.A.), at page 602:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court's policy preferences. The essential question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? [Footnote omitted.]

[55] Until 1990, the procedure for attacking the *vires* of a regulation promulgated under the authority of Parliament was by way of declaratory action initiated by way of a statement of claim (David Sgayias *et al.*, *Federal Court Practice, 1991-92* (Scarborough: Thomson Professional Publishing Canada, 1991), at page 89). Since then (see the amendment of the *Federal Courts Act* brought by S.C. 1990, c. 8, s. 4), the procedure for controlling the legality of subordinate legislation has been streamlined, and judicial review under section 18 of the *Federal Courts Act* became the means of controlling decisions of administrative bodies as well as the *vires* of subordinate legislation (*Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (F.C.T.D.), at paragraphs 11 to 15).

[56] This modification was procedural in nature. An attack on the legality of subordinate legislation, on the ground that the conditions precedent prescribed by Parliament were not met at the time of the promulgation, remains what it has always been; an attack on the impugned regulation *per se* and not on the "decision" to promulgate it.

[57] Understanding precisely what is in issue in a judicial review application is important when it comes time to determine the standard of review as well as the scope of the review that can be conducted by the Court. An attack aimed at the *vires* of a regulation involves the narrow question of whether the conditions precedent set

l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure. Tel n'est pas le cas ici.

[54] La distinction a été décrite brièvement par le juge Strayer dans *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.), à la page 602 :

Il va sans dire qu'il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante : le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? [Note en bas de page omise.]

[55] Jusqu'en 1990, la procédure de contestation de la légalité d'un règlement pris en vertu d'un pouvoir délégué était une action déclaratoire intentée au moyen d'une déclaration (David Sgayias *et al.*, *Federal Court Practice, 1991-92* (Scarborough : Thomson Professional Publishing Canada, 1991), à la page 89). Depuis ce temps (voir les modifications apportées à la *Loi sur les Cours fédérales* par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), la procédure utilisée pour faire contrôler la légalité d'un texte réglementaire au motif qu'il excède le pouvoir conféré a été simplifiée et le contrôle judiciaire dont il est question à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* est devenu le moyen de faire contrôler les décisions rendues par les organismes administratifs ainsi que la légalité des textes réglementaires (*Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 11 à 15).

[56] Cette modification était de nature procédurale. La contestation de la légalité d'un texte réglementaire, fondée sur le fait que les conditions préalables établies par le législateur n'étaient pas remplies au moment de la prise du règlement, reste ce qu'elle a toujours été : une contestation du règlement en soi et non de la « décision » de le prendre.

[57] Il importe de bien comprendre ce qui est en litige dans une demande de contrôle judiciaire lorsque vient le temps de déterminer la norme de contrôle qui s'applique et la portée du contrôle qui peut être effectué par le tribunal. La contestation de la légalité d'un règlement soulève la question précise de savoir si les conditions

out by Parliament for the exercise of the delegated authority are present at the time of the promulgation, an issue that invariably calls for a standard of correctness. As was stated by this Court in *Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks)*, [2004] 3 F.C.R. 600, at paragraph 10:

Reviewing whether subordinate legislation is authorized by its enabling statute does not require application of the pragmatic and functional approach. Rather, the *vires* of subordinate legislation is always to be reviewed on a correctness standard. See, for analogous circumstances in respect of municipal by-laws, *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5.

[58] The Supreme Court recently reiterated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 59, that “true questions of *vires*”, such as the one here in issue, always call for a standard of correctness without the need to conduct a pragmatic and functional analysis.

[59] In this case, there was confusion as to whether the issue raised by the application for judicial review is one of *vires* or whether the subject-matter of the application is a challenge of the GIC’s “decision” to promulgate the designation. The confusion appears to have arisen from the manner in which the respondents presented their case (reasons, at paragraph 54):

This judicial review has been argued from two perspectives. The first is an attack on the legitimacy of the Regulations — an argument as to “*vires*.” The second is an attack on the GIC decision which led to the Regulation — an argument involving the standard of review and its application.

The applications Judge in his reasons refers at times to a review of “the GIC’s determination” (reasons, at paragraph 88); a review of the “initial conclusions leading to” the promulgation of the Regulations (reasons, at paragraph 105) and his certified question seeks to identify the standard of review applicable to the GIC’s “decision” to designate the U.S.

[60] Despite this language, the matter raised by the application is a pure *vires* issue (see the relevant part of the application for judicial review quoted at paragraph

préalables à l’exercice du pouvoir délégué qui ont été énoncées par le législateur existant au moment où le règlement est pris, une question qui est invariablement assujettie à la norme de la décision correcte. Comme la Cour l’a affirmé dans *Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs)*, [2004] 3 R.C.F. 600, au paragraphe 10 :

L’analyse qui consiste à se demander si un texte réglementaire est autorisé par sa loi habilitante ne requiert pas l’application de l’approche pragmatique et fonctionnelle. La validité d’un texte réglementaire doit plutôt être toujours examinée selon la norme de la décision correcte. Pour une situation analogue se rapportant aux règlements municipaux, voir l’arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5.

[58] La Cour suprême a récemment répété dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 59, que les « question[s] touchant véritablement à la constitutionnalité », comme celle en cause en l’espèce, sont toujours assujetties à la norme de la décision correcte, sans qu’il soit nécessaire de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle.

[59] En l’espèce, il n’était pas clair si la question soulevée par la demande de contrôle judiciaire concernait la légalité ou si la demande avait trait à la contestation de la « décision » du GC de désigner les États-Unis à titre de tiers pays sûr. La confusion semble découler de la manière dont les intimés ont exposé leur thèse (motifs, au paragraphe 54) :

La présente demande de contrôle judiciaire a été débattue sous deux angles différents. Le premier est une contestation de la légitimité du Règlement, un moyen intéressant la constitutionnalité. Le second est une contestation de la décision du gouverneur en conseil à l’origine du Règlement : ce moyen intéresse la norme de contrôle et son application.

Dans ses motifs, le juge de première instance fait parfois mention d’un contrôle de « la décision du [GC] » (motifs, au paragraphe 88) ou des « conclusions initiales qui ont mené » à la prise du Règlement (motifs, au paragraphe 105), et la question qu’il a certifiée a pour but de déterminer la norme de contrôle qui s’applique à la « décision » du GC de désigner les États-Unis.

[60] Malgré ce libellé, la question soulevée par la demande est une pure question de légalité (voir la partie pertinente de la demande de contrôle judiciaire reproduite

15 above). This is not controversial as counsel for the respondents (Mr. Waldman) acknowledged that they were out of time to challenge the “decision” to promulgate the Regulations even if they had wanted to. Nevertheless, the applications Judge chose to conduct a pragmatic and functional analysis in order to identify the standard of review. He said (reasons, at paragraph 88):

Unlike many cases of review of the *vires* of a regulation, the parties had access to some of the material before the GIC in its consideration of the relevant factors. Therefore, there is a record upon which the Court can apply a standard of review to the GIC’s determination.

Applying the framework of analysis developed by the Supreme Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3—because “*Suresh* ... most closely approximates the contextual circumstances of this case” (reasons, at paragraph 92)—the applications Judge concluded that reasonableness was the appropriate standard (reasons, at paragraph 105).

[61] With respect, the applications Judge did not need to conduct a pragmatic and functional analysis and he identified the wrong standard. Having access to part of the record before the GIC has no impact on the standard since there is in this case no decision to review. In *Suresh*, the Supreme Court was confronted with the judicial review of a decision of an immigration official to issue a deportation order. Hence the Supreme Court began its analysis stating (*Suresh*, at paragraph 29):

The first question is what standard should be adopted with respect to the Minister’s decision that a refugee constitutes a danger to the security of Canada.

[62] No such issue arises here again because there is no decision to review.

[63] The applications Judge therefore misspoke when he directed his question to the standard of review applicable to the “decision” of the GIC. In my respectful view, the first certified question should have been directed at the standard of review applicable to the review of the

au paragraphe 15 ci-dessus). Ce point n’est pas contesté puisque l’avocat des intimés (M^e Waldman) a reconnu qu’il ne pouvait plus contester la « décision » de prendre le Règlement, même s’il avait voulu, parce que le délai était expiré. Le juge de première instance a néanmoins choisi de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle applicable. Il a dit (motifs, au paragraphe 88) :

Contrairement à un grand nombre d’affaires portant sur la validité d’un règlement, les parties avaient accès en l’espèce à une partie des pièces soumises au gouverneur en conseil pour son examen des facteurs pertinents. Il existe donc un dossier auquel la Cour peut appliquer une norme de contrôle en ce qui concerne la décision du gouverneur en conseil.

Se servant du cadre d’analyse établi par la Cour suprême du Canada dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 — parce que « [I]es faits analysés dans l’arrêt *Suresh* [...] ressemblent beaucoup à ceux de la présente affaire » (motifs, au paragraphe 92) — le juge de première instance a conclu que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable (motifs, au paragraphe 105).

[61] En toute déférence, le juge de première instance n’avait pas besoin de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle et il n’a pas appliqué la norme de contrôle appropriée. Le fait d’avoir accès à une partie du dossier dont disposait le GC n’a aucune incidence sur la norme puisqu’il n’y a pas en l’espèce une décision à contrôler. Dans *Suresh*, le contrôle judiciaire visait la décision d’un agent d’immigration de prendre une mesure d’expulsion. En conséquence, la Cour suprême a commencé son analyse en disant (*Suresh*, au paragraphe 29) :

La première question consiste à déterminer quelle norme de contrôle doit être appliquée à la décision ministérielle portant qu’un réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada.

[62] Aucune question semblable n’est soulevée en l’espèce parce que, comme il a été mentionné précédemment, il n’y a pas de décision à contrôler.

[63] Le juge de première instance a donc mal formulé la première question qu’il a certifiée en parlant de la norme de contrôle applicable à la « décision » du GC. À mon avis, cette question aurait dû porter sur la norme de contrôle applicable à la question de la légalité — cette

vires issue, and the standard applicable in such a case is correctness.

Second certified question: The *vires* of the designation

[64] The second certified question should therefore be read as asking whether—applying a standard of correctness—the impugned Regulations and the Safe Third Country Agreement are *ultra vires* the IRPA. This requires the Court to identify the conditions precedent to the GIC’s exercise of its delegated authority and determine whether these conditions were satisfied at the time of promulgation.

[65] If I have correctly stated the issue to be decided, the Court has before it all the elements required to address it, and I do not see how I could avoid dealing with the question certified by the applications Judge on this point. As we have seen, the respondents have raised *vires* as a self-standing issue and the applications Judge dealt with it on that basis (reasons, at paragraphs 61 to 87, 106 to 236 and 241 to 263). Contrary to the Charter challenge (see discussion below), the question whether the GIC has in this case acted in conformity with the conditions precedent prescribed by law is neither hypothetical nor theoretical.

[66] On a plain reading of sections 101 and 102 of the IRPA, the conditions precedent for the exercise of the delegated authority are those set out in subsection 102(2) of the IRPA. The reasoning of the applications Judge for concluding that beyond those, the country must “comply” with the relevant articles of the Conventions is as follows (reasons, at paragraphs 78 and 79):

With respect to what is authorized in terms of regulation making, there are several conditions precedent that accompany the authority of the GIC to designate the U.S. a safe third country. First, subsection 102(2) sets out several factors which must be considered before designating a country. There are no strict standards established for the consideration of the four factors but their consideration is phrased in mandatory language.

The main condition at issue in this case is paragraph 102(1)(a), which states that the GIC is authorized to enact

norme étant celle de la décision correcte.

La deuxième question certifiée : la légalité de la désignation

[64] La deuxième question certifiée devrait donc être libellée de la manière suivante : si l’on applique la norme de la décision correcte, le Règlement contesté et l’Entente sur les tiers pays sûrs excèdent-ils les pouvoirs conférés par la LIPR? Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer les conditions préalables à l’exercice, par le GC, du pouvoir qui lui est délégué et décider si ces conditions étaient remplies lorsque le Règlement a été pris.

[65] Si j’ai énoncé correctement la question qu’il faut trancher, la Cour dispose de tous les éléments pour le faire, et je ne vois pas comment je pourrais éviter d’examiner la question certifiée par le juge de première instance à cet égard. Comme nous l’avons vu, les intimés ont soulevé la question de la légalité séparément et le juge de première instance l’a examinée en conséquence (motifs, aux paragraphes 61 à 87, 106 à 236 et 242 à 263). Contrairement à la contestation fondée sur la Charte (voir plus loin), la question de savoir si le GC a agi en conformité avec les conditions préalables prescrites par la loi en l’espèce n’est ni hypothétique ni théorique.

[66] Il ressort clairement des articles 101 et 102 de la LIPR que les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué sont celles qui sont énoncées au paragraphe 102(2) de la LIPR. Le raisonnement qui a amené le juge de première instance à conclure que, en plus de remplir ces conditions, le pays doit « se conform[er] » aux articles pertinents des Conventions est le suivant (motifs, aux paragraphes 78 et 79) :

S’agissant de ce qui est autorisé en matière de prise de règlements, il y a plusieurs conditions préalables que le gouverneur en conseil doit remplir avant de pouvoir désigner les États-Unis comme pays tiers sûr. En premier lieu, le paragraphe 102(2) énumère les facteurs dont il faut tenir compte avant de désigner un pays. L’examen des quatre facteurs prescrits n’est pas soumis à des normes rigoureuses, mais il est formulé en termes impératifs [...]

La principale condition en litige en l’espèce est celle qui est prévue à l’alinéa 102(1)a), à savoir que le gouverneur en con-

regulations that include provisions “designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture” (underlining added). The provision requires that compliance with the non-refoulement provisions of the Refugee Convention and the CAT is a necessary precondition to designation. It was my conclusion earlier that if a country did not comply with the relevant articles of the two Conventions, the GIC had no power to designate the country as “safe.” It is my further conclusion that in reaching this determination, the GIC must base its decision on the practices and policies of that government in respect of claims under the Refugee Convention and the obligations under the Convention Against Torture.

[67] The earlier conclusion to which he refers is the following (reasons, at paragraphs 56 and 57):

However, read as a whole, section 102 gives to the GIC the discretion to enter into an STCA only upon specific conditions, a fundamental condition is compliance with the specific articles of the Refugee Convention and Convention Against Torture. I do not interpret the provision as giving the GIC the power to enter into an STCA where the country does not comply with those preconditions. It simply gives the GIC the discretion to set up a regulation to designate a country as “safe” if the country meets the conditions of compliance.

To interpret subsection 102(1) as giving the GIC discretion to enter into such agreements with countries that did not comply with the Refugee Convention and Convention Against Torture would make a mockery of Canada’s international commitments, of the very purpose of our domestic laws and even of the internal logic of subsection 102(1). There would be no need to consider whether the country is a party to the Refugee Convention and Convention Against Torture (paragraph 102(2)(a)), nor that country’s policies and practices with respect to claims under the Refugee Convention or its obligations under the Convention Against Torture—both factors are compulsory factors to be considered. Nor would there be any merit in requiring an ongoing review of these factors (subsection 102(3)) which is a requirement phrased in directory terms “must ensure the continuing review.” [My emphasis.]

[68] In so saying, the applications Judge accepted the respondents’ submission that “actual” compliance was a

seil est autorisé à prendre des règlements prévoyant notamment « la désignation des pays qui se conforment à l’article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture » (soulignement ajouté). Suivant cet alinéa, la conformité aux dispositions de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture qui interdisent le refoulement constitue une condition préalable qui doit être remplie avant de pouvoir procéder à une désignation. J’ai déjà conclu que si un pays ne se conforme pas aux articles applicables des deux Conventions, le gouverneur en conseil n’est pas habilité à désigner un État comme « pays sûr ». J’estime également que, pour pouvoir effectuer cette désignation, le gouverneur en conseil doit tenir compte des politiques et usages de l’État concerné en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture.

[67] La conclusion à laquelle il fait référence est la suivante (motifs, aux paragraphes 56 et 57) :

Toutefois, envisagé globalement, l’article 102 confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de conclure une entente seulement à certaines conditions précises, une condition essentielle étant la conformité à certains articles spécifiques de la Convention relative aux réfugiés et de la Convention contre la torture. Je ne considère pas que cette disposition confère au gouverneur en conseil le pouvoir de conclure une entente lorsque le pays en cause ne se conforme pas aux conditions préalables en question. L’article 102 confère simplement au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de prendre un règlement désignant un pays « comme pays sûr » si ce pays remplit les conditions de conformité.

Interpréter le paragraphe 102(1) comme conférant au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de conclure de tels accords avec des pays qui ne se conformeraient pas à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture reviendrait à tourner en dérision non seulement les engagements internationaux du Canada, mais aussi l’objet même de nos lois internes, voire la logique interne du paragraphe 102(1). Il ne serait plus nécessaire de déterminer si le pays en cause est partie à la Convention relative aux réfugiés et à la Convention contre la torture (alinéa 102(2)a), ni de vérifier ses politiques et usages en ce qui touche la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur les réfugiés et les obligations découlant de la Convention contre la torture, deux facteurs dont il faut impérativement tenir compte. Il serait par ailleurs sans intérêt d’exiger le suivi de l’examen de ces facteurs (paragraphe 102(3)), une condition qui est formulée en termes impératifs : « [l]e gouverneur en conseil assure le suivi de l’examen des facteurs » (en anglais : « *must ensure the continuing review* »). [Non souligné dans l’original.]

[68] Le juge de première instance a ainsi accepté la prétention des intimés selon laquelle la conformité

condition precedent to the exercise of the delegated authority. According to the applications Judge, what had to be shown is “actual” protection from refoulement (reasons, at paragraph 136). He puts the matter this way earlier in his reasons (reasons, at paragraph 60):

In my view, the issue is whether the conditions for passing the Regulations have been met on an objective basis. The conditions are framed in terms of legal criteria and address the matter in absolute terms of compliance with international law [my emphasis]; not [emphasis in original] in terms of the GIC’s opinion or reasonable belief in such compliance.

[69] His lengthy analysis of the evidence focuses on whether “actual” compliance or compliance “in absolute terms” with the respective conventions had been demonstrated (reasons, at paragraphs 106 to 236 and 241 to 263). With respect to Article 33 of the Refugee Convention, he held that the “instances of non-compliance” were such that the U.S. could not be said to comply (reasons, at paragraph 240). With respect to the Convention against Torture, he finds that the respondents’ evidence that the U.S. does not comply with Article 3 “more credible” than the appellant’s since it was supported by “real life examples” that the U.S. does not comply (reasons, at paragraph 262). The applications Judge, applying a standard of reasonableness to what he perceives as a “decision”, concludes that the U.S. does not comply with either Conventions, and that the designation of the U.S. as a safe country, was *ultra vires* the IRPA.

[70] I note in passing that in reaching this conclusion the applications Judge did not concern himself with the fact that much of the evidence that he reviewed was not in existence when the GIC designated the U.S. since it relates to cases, events and legislative modifications, which are subsequent to the date of the promulgation. More is said about this later.

[71] I agree with counsel for the respondents that the question whether the applications Judge properly con-

« effective » était une condition préalable à l’exercice du pouvoir délégué. Selon lui, ce qu’il fallait démontrer, c’est la protection « effective » contre le refoulement (motifs, au paragraphe 136). Il formule la question de la manière suivante précédemment dans ses motifs (motifs, au paragraphe 60) :

À mon avis, la question en litige est celle de savoir si les conditions à remplir pour pouvoir prendre le Règlement ont objectivement été respectées. Ces conditions sont libellées sous forme de critères prescrits par la loi et elles exigent une rigoureuse conformité au droit international [non souligné dans l’original]; elles ne [souligné dans l’original] sont pas [souligné dans l’original] formulées en fonction de l’opinion du gouverneur en conseil ou de sa croyance raisonnable quant à la conformité au droit international.

[69] Dans sa longue analyse de la preuve, le juge de première instance insiste sur la question de savoir si la conformité « effective » ou « rigoureuse » aux Conventions avait été démontrée (motifs, aux paragraphes 106 à 236 et 241 à 263). En ce qui concerne l’article 33 de la Convention sur les réfugiés, il statue qu’à cause des « exemples de non-conformité » il était impossible de conclure que les États-Unis se conformaient à cette disposition (motifs, au paragraphe 240). Pour ce qui est de la Convention contre la torture, il considère que la preuve des intimés démontrant que les États-Unis ne se conforment pas à l’article 3 est « plus crédible » que celle de l’appelante parce qu’elle repose sur « un cas authentique » de non-conformité des États-Unis (motifs, au paragraphe 262). Le juge de première instance, en appliquant la norme de la décision raisonnable à ce qu’il considère être une « décision », conclut que les États-Unis ne se conforment à aucune des deux Conventions et que la désignation des États-Unis à titre de pays sûr excédait les pouvoirs conférés par la LIPR.

[70] Je mentionne en passant que, pour parvenir à cette conclusion, le juge de première instance n’a pas tenu compte du fait qu’une grande partie de la preuve qu’il a examinée n’existait pas lorsque le GC a désigné les États-Unis puisque cette preuve a trait à des décisions, à des faits et à des modifications législatives postérieurs à la date à laquelle le Règlement a été pris. La Cour reviendra sur ce sujet plus loin.

[71] Je suis d’accord avec l’avocat des intimés lorsqu’il dit que la question de savoir si le juge de première instance

strued the conditions precedent to the exercise of the delegated authority raises a pure issue of statutory construction (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21):

... the words of the 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.

[72] Paragraph 101(1)(e) of the IRPA provides that a person entering Canada from a “designated country” is ineligible to have his or her claim for refugee protection considered by the Immigration and Refugee Board. For the purpose of giving effect to this provision, subsection 102(1) of the IRPA gives the GIC the power to promulgate regulations governing the treatment of such claims which may include provisions designating countries that comply with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention against Torture; and respecting the circumstances and criteria applicable to a claimant who comes to Canada from such a country. This is a broad grant of authority intended to give effect to Parliament’s clearly expressed intent that responsibility for the consideration of refugee claims be shared with countries that are respectful of their Convention obligations and human rights.

[73] In this respect, subsection 102(2) of the IRPA requires that the GIC consider, prior to designating a country, the country’s policies and practices with respect to the Refugee Convention and the Convention against Torture as well as its human rights record. In recognition of the fact that such policies, practices and record can evolve over time, subsection 102(3) of the IRPA requires the GIC to conduct an ongoing review of these factors once a country has been designated. Where the GIC concludes by reasons of the evolution of those factors that the designation is no longer warranted, section 159.7 of the Regulations allows the Government of Canada to unilaterally suspend or terminate the Safe Third Country Agreement.

[74] Significantly, subsection 102(1) of the IRPA provides that a designation may be made “for the purposes of this Act” and section 3 of the IRPA provides amongst others the following two:

a interprété correctement les conditions préalables à l’exercice du pouvoir délégué soulève une pure question d’interprétation législative (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21) :

[TRADUCTION] [...] 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.

[72] L’alinéa 101(1)e) de la LIPR prévoit que la demande d’asile d’une personne qui arrive au Canada d’un « pays désigné » est irrecevable. Pour donner effet à cette disposition, le paragraphe 102(1) de la LIPR confère au GC le pouvoir de prendre des règlements régissant le traitement des demandes d’asile qui peuvent prévoir notamment la désignation de pays qui se conforment à l’article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l’article 3 de la Convention contre la torture, ainsi que les cas et les critères concernant les demandeurs d’asile qui arrivent au Canada de ces pays. Ce vaste pouvoir est conféré dans le but de donner effet à l’intention exprimée clairement par le législateur de faire en sorte que la responsabilité de l’examen des demandes d’asile soit partagée avec des pays qui respectent les obligations que leur imposent les Conventions et les droits de la personne.

[73] À cet égard, le paragraphe 102(2) de la LIPR exige qu’avant de désigner un pays le GC tienne compte des politiques et usages de ce pays en ce qui touche la Convention sur les réfugiés et la Convention contre la torture, ainsi que de ses antécédents en matière de respect des droits de la personne. Ces pratiques, usages et antécédents pouvant changer avec le temps, le paragraphe 102(3) de la LIPR oblige le GC à assurer le suivi de l’examen de ces facteurs à l’égard de chacun des pays désignés. Lorsque le GC conclut que, en raison de l’évolution de ces facteurs, la désignation n’est plus justifiée, l’article 159.7 du Règlement permet au gouvernement du Canada de suspendre ou de dénoncer unilatéralement l’Entente sur les tiers pays sûrs.

[74] Il importe de mentionner que le paragraphe 102(1) de la LIPR prévoit qu’une désignation peut être faite « pour l’application de la présente loi » et que l’article 3 de la LIPR, qui décrit l’objet de celle-ci, indique notamment :

3. ...

(2) The objectives of this Act with respect to refugees are

...

(b) to fulfill Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

...

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

Also relevant is paragraph 3(3)(f) of the IRPA which sets out Parliament's requirement that the Act be construed in a manner which "complies with international human rights instruments to which Canada is signatory."

[75] As I read the relevant provisions, the scheme implemented by Parliament has, as its objective, the sharing of responsibility for the consideration of refugee claims with countries that are signatory to and comply with the relevant articles of the Conventions and have an acceptable human rights record. The factors to be considered before designating a country are expressly set out in subsection 102(2) of the IRPA. The consideration of these factors is framed as a condition precedent to the designation of a country as the introductory words make clear: "[t]he following factors are to be considered"; "[i] est tenu compte des facteurs suivants".

[76] Keeping in mind that the statutory objective is to designate countries that comply with the relevant articles of the Conventions and are respectful of human rights, the GIC could not designate a country if it was not satisfied that the country's policies, practices and record indicate compliance. I take issue with the applications Judge's suggestion that unless "compliance" is made a condition precedent, the GIC would have discretion to designate a country that does not comply (reasons, at paragraph 56). It seems clear that the GIC would be acting for an improper purpose if it was to designate a country which it considers not to be compliant.

3. [...]

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

[...]

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

[...]

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

L'alinéa 3(3)f) de la LIPR, qui exige que l'interprétation de celle-ci ait pour effet « de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire », est également pertinent.

[75] Selon mon interprétation des dispositions pertinentes, l'objectif du régime mis en place par le législateur est le partage de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile avec des pays signataires qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et qui ont des antécédents acceptables en matière de respect des droits de la personne. Les facteurs qui doivent être pris en compte avant de désigner un pays sont décrits expressément au paragraphe 102(2) de la LIPR. L'examen de ces facteurs constitue une condition préalable à la désignation d'un pays, comme le montre clairement l'énoncé liminaire : « [i] est tenu compte des facteurs suivants » (« [t]he following factors are to be considered »).

[76] Comme l'objectif visé est de désigner des pays qui se conforment aux articles pertinents des Conventions et respectent les droits de la personne, le GC ne pourrait pas désigner un pays s'il n'était pas convaincu que les politiques, les usages et les antécédents en matière de respect des droits de la personne de ce pays sont conformes aux Conventions. Je ne suis pas d'accord avec le juge de première instance lorsqu'il dit que, si la « conformité » n'était pas une condition préalable, le GC aurait le pouvoir discrétionnaire de désigner un pays qui ne se conforme pas aux articles pertinents des Conventions (motifs, au paragraphe 56). Il semble évident que le GC

[77] This misapprehended concern that the GIC would have the discretion to designate a country that does not comply appears to be what led the applications Judge to transform the statutory objective of designating countries “that comply” with the respective Conventions, into a condition precedent (reasons, at paragraph 57). The error is compounded by the applications Judge’s further conclusion that what must be established is “actual” compliance or compliance “in absolute terms”.

[78] Subsection [102(1)] does not refer to “actual” compliance or compliance “in absolute terms” nor does it otherwise specify the type and extent of compliance contemplated. However, Parliament has specified the four factors to be considered in determining whether a country can be designated. These factors are general in nature and are indicative of Parliament’s intent that the matter of compliance be assessed on the basis of an appreciation by the GIC of the country’s policies, practices and human rights record. Once it is accepted, as it must be in this case, that the GIC has given due consideration to these four factors, and formed the opinion that the candidate country is compliant with the relevant articles of the Conventions, there is nothing left to be reviewed judicially. I stress that there is no suggestion in this case that the GIC acted in bad faith or for an improper purpose.

[79] Indeed, no such suggestion could be made based on this record. The Regulatory Impact Analysis Statement (the RIAS) [*C. Gaz.* 2004.II.1622], published 60 days prior to the effective date of the promulgation, indicates that the GIC consulted with a number of non-governmental organizations who felt that the U.S. did not meet its Convention obligations. These views were considered together with those of others. In particular, the RIAS notes that the UNHCR expressed the view that the U.S. (like Canada), meets its international obligations (appeal book, Vol. 11, at page 3160). Two weeks before the effective date of the promulgation, Mr. Assadi, the UNHCR representative in Canada, reiterated before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration that “we consider the U.S. to be a safe

agirait dans un but inapproprié s’il désignait un pays qui, selon lui, ne se conforme pas aux Conventions.

[77] C’est cette fausse perception que le GC aurait le pouvoir discrétionnaire de désigner un pays qui ne se conforme pas aux Conventions qui semble avoir amené le juge de première instance à transformer l’objectif de désigner des pays « qui se conforment » aux Conventions en une condition préalable (motifs, au paragraphe 57). L’erreur est aggravée par une autre conclusion du juge de première instance selon laquelle c’est la conformité « effective » ou « rigoureuse » qui doit être établie.

[78] Or, il n’est pas question de conformité « effective » ou « rigoureuse » au paragraphe [102(1)], ni par ailleurs du type et de l’étendue de la conformité exigée. Le législateur a cependant décrit quatre facteurs dont il faut tenir compte lorsqu’on détermine si un pays peut être désigné. Il s’agit de facteurs généraux qui montrent que le législateur voulait que la conformité soit examinée sur la foi d’une évaluation, faite par le GC, des politiques, des usages et des antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays en question. Une fois que l’on reconnaît, comme on doit le faire en l’espèce, que le GC a tenu compte de ces quatre facteurs de manière appropriée et qu’il est arrivé à la conclusion que le pays candidat se conforme aux articles pertinents des Conventions, il n’y a plus rien qui puisse faire l’objet d’un contrôle judiciaire. J’insiste sur le fait que rien, en l’espèce, ne permet de croire que le GC a agi de mauvaise foi ou dans un but inapproprié.

[79] En fait, le dossier ne permet pas de tirer une telle conclusion en l’espèce. Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (le REIR) [*Gaz. C.* 2004.II.1622], publié 60 jours avant la prise du Règlement, indique que le GC a mené des consultations avec un certain nombre d’organisations non gouvernementales qui estimaient que les États-Unis ne respectaient pas les obligations prévues par les Conventions. Cette opinion, et d’autres également, ont été prises en compte. Le REIR précise en particulier que le HCR estimait que les États-Unis (tout comme le Canada) remplissaient leurs obligations internationales (dossier d’appel, vol. 11, à la page 3160). Deux semaines avant que le Règlement soit pris, M. Assadi, le représentant du HCR au Canada, a répété devant le Comité permanent de la citoyenneté et de

country” (appeal book, Vol. 11, at page 3247). Given the position of the UNHCR, the main supervisory body in relation to refugee protection, it cannot be suggested that the GIC was not acting in good faith, when it designated the U.S. as a country that complies with its Convention obligations.

[80] It follows that the fact that the respondents believe, and that the applications Judge agreed, that the U.S. does not “actually” comply is irrelevant since this was not the issue that the applications Judge was called upon to decide (compare *Telecommunications Workers Union v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [2004] 2 F.C.R. 3 (F.C.A.), at paragraphs 39 to 43). What is relevant is that the GIC considered the subsection 102(2) factors and, acting in good faith, designated the U.S. as a country that complies with the relevant articles of the Conventions and was respectful of human rights.

[81] I should add as an aside that even if “actual compliance” was a condition precedent, the conclusion reached by the applications Judge to the effect that the U.S. did not meet that requirement at the time of promulgation could not stand since it is largely based on evidence which postdates the time of the designation (see paragraphs 87 and 88 below).

[82] In short, it was not open to the applications Judge to hold on any of the alleged grounds that the designation of the U.S. as a safe third country and the related Regulations were outside the authority of the GIC or that the Safe Third Country Agreement between Canada and the U.S. was illegal. I would therefore answer the second certified question in the negative.

The failure to conduct the ongoing review

[83] In their memorandum, at paragraph 95, the respondents state that they “originally sought a declaration that both the original and the ongoing designation of the

l’immigration de la Chambre des communes : « Nous considérons les États-Unis comme un pays sûr » (dossier d’appel, vol. 11, à la page 3247). Vu la position du HCR, le principal organisme de surveillance de la protection des réfugiés, on ne peut laisser entendre que le GC n’a pas agi de bonne foi lorsqu’il a désigné les États-Unis à titre de pays qui se conforme à ses obligations internationales.

[80] Par conséquent, le fait que les intimés croient et que le juge de première instance convient que les États-Unis ne se conforment pas [TRADUCTION] « effectivement » aux Conventions n’est pas pertinent puisque ce n’était pas la question sur laquelle le juge de première instance devait se prononcer (comparer avec *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes*, [2004] 2 R.C.F. 3 (C.A.F.), aux paragraphes 39 à 43). Ce qui est pertinent, c’est que le GC a tenu compte des facteurs décrits au paragraphe 102(2) et, de bonne foi, a désigné les États-Unis à titre de pays qui se conforme aux articles pertinents des Conventions et qui respecte les droits de la personne.

[81] J’aimerais ajouter en passant que, même si la « conformité effective » était une condition préalable, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les États-Unis ne satisfaisaient pas à cette condition au moment de la prise du Règlement ne serait pas valable puisqu’elle repose en grande partie sur des éléments de preuve postérieurs à la date de la désignation (voir les paragraphes 87 et 88 ci-dessous).

[82] En résumé, il n’était pas loisible au juge de première instance de statuer sur la base des motifs allégués que la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr et le Règlement connexe ne relevaient pas du pouvoir du GC ou que l’Entente sur les tiers pays sûrs intervenue entre le Canada et les États-Unis était illégale. Je répondrais donc par la négative à la deuxième question certifiée.

L’absence de suivi

[83] Au paragraphe 95 de leur mémoire, les intimés affirment qu’[TRADUCTION] « à l’origine, ils ont demandé un jugement déclarant que la désignation des États-Unis

U.S. as a safe third country *via* the continuing operation of the Regulations was unconstitutional and *ultra vires*” (emphasis by the respondents). They assert earlier in their memorandum (at paragraph 12) that they sought a declaration that the appellant had erred by failing to meet “her statutory continuing review obligation”. The record does not bear this out. The application filed by the respondents is aimed at the alleged illegal designation of the U.S. and nothing else. No mention is made of the alleged failure to review and no declaratory relief (or any other type of relief) is sought in that regard. This is how the applications Judge saw the application based on his own description of the matter before him (reasons, at paragraphs 1 and 2), and there is no indication that an amendment to the application brought by the respondents was sought or obtained in the course of the proceedings. I note, however, that both the respondents and the appellant made submissions on this issue, although there is no discussion as to the remedy which would flow from the alleged failure to review (see the parties’ respective supplementary submissions, appeal book, Vol. 1, at pages 242 to 245 and 357 to 358).

[84] In his reasons, the applications Judge conducts a judicial review of this issue (reasons, at paragraphs 264 to 275) and the formal judgment that he gives declares “that the Governor-in-Council failed to ensure the continuing review of the United States as a ‘safe third Country’ as required by subsection 102(2) of IRPA”.

[85] It is not clear how this discrete issue became part of the judicial review application. When asked whether an amendment was obtained, counsel for the respondents (Ms. Jackman) could not point to one but gave a stern response about how things are done by the immigration bar. She suggested that an amendment can in effect be made without anyone speaking to it (by “osmosis” is the description that I used), and that a notice to the profession would be required, if this Court was to find that the amendment which took place in this case was somehow inappropriate.

[86] I do not believe that I am advocating a return to procedural formalism if I suggest that an amendment of

à titre de tiers pays sûr et le maintien de celle-ci par suite de l’application continue du Règlement étaient inconstitutionnels et excédaient les pouvoirs du GC » (souligné par les intimés). Les intimés soutiennent précédemment dans leur mémoire (au paragraphe 12) qu’ils ont demandé un jugement déclarant que l’appelante avait commis une erreur en n’effectuant pas [TRADUCTION] « le suivi exigé par la LIPR ». Or, le dossier ne corrobore pas ces prétentions. La demande déposée par les intimés vise la désignation prétendument illégale des États-Unis et rien d’autre. Nulle part n’est-il question du prétendu défaut d’assurer le suivi et aucun jugement déclaratoire (ou un autre type de réparation) n’est demandé à cet égard. C’est de cette façon que le juge de première instance a considéré la demande, en tenant compte de sa propre description de l’affaire (motifs, aux paragraphes 1 et 2), et rien n’indique qu’une modification de la demande présentée par les intimés a été demandée ou obtenue au cours de l’instance. Je souligne cependant que les intimés et l’appelante ont abordé cette question, même si la réparation pouvant être accordée relativement au prétendu défaut d’assurer le suivi n’a pas été débattue (voir les observations supplémentaires des parties, dossier d’appel, vol. 1, aux pages 242 à 245, 357 et 358).

[84] Le juge de première instance traite de cette question dans ses motifs (aux paragraphes 264 à 275) et son jugement formel indique [TRADUCTION] « que le gouverneur en conseil n’a pas assuré le suivi de la désignation des États-Unis à titre de “tiers pays sûr”, qui était exigé par le paragraphe 102(2) de la LIPR ».

[85] On ne sait pas comment cette question bien distincte en est arrivée à faire partie du contrôle judiciaire. À la question de savoir si une modification avait été obtenue, l’avocate des intimés (M^e Jackman) n’a pas été en mesure d’en nommer une, mais a expliqué d’un ton opiniâtre la manière dont les choses sont faites par les avocats spécialistes de l’immigration. Elle a laissé entendre qu’une modification peut être apportée sans que personne n’en parle (j’ai employé l’expression [TRADUCTION] « par osmose ») et qu’un avis à la profession serait nécessaire si la Cour concluait que la modification en cause en l’espèce était inappropriée.

[86] Je ne crois pas prôner un retour au formalisme procédural si j’estime qu’une modification du genre de

the type here in question required, at the very least, that the matter be brought to the attention of the applications Judge so that he could put his mind to the distinct issues which flowed from it. The failure to do so in this case has given rise to significant difficulties, which do not assist anyone.

[87] First, the applications Judge never alludes to the fact that this additional issue becomes relevant only if the designation was validly promulgated in the first place. His conclusion was that the designation was void *ab initio*. Second, the applications Judge reviews the matter of the alleged failure to perform the ongoing review as a decision subject to a standard of reasonableness (reasons, at paragraph 105). There was, on the record before the applications Judge, no suggestion that the GIC was asked to perform this duty and refused to do so. Absent a decision, the remedy which flows from a failure to perform a statutory duty is a *mandamus* compelling the government actor to perform the duty.

[88] More importantly, the issue raised by the purported amendment allowed the applications Judge to have regard to an extensive body of evidence, adduced by both sides, which postdates the designation. The applications Judge relied on this evidence indiscriminately to support both his conclusion that the GIC had failed to conduct the ongoing review and that the designation was *ultra vires*. (This is evident throughout the reasons, but see for example paragraphs 7, and 260 to 262 where the applications Judge relies on the Maher Arar Report [*Report of the Events Relating to Maher Arar*] to support his view that the designation was illegal when made in 2004 although the report was only released in 2006.)

[89] There is one key date that the applications Judge had to be mindful of: December 29, 2004, when the Regulations came into force, the last relevant date for the assessment of the *vires* issue. Regardless of the conditions precedent which one wishes to apply, the *vires* of the Regulations could not be assessed on the basis of facts, events or developments that are subsequent to the date of the promulgation. The applications Judge seems to recognize so much at paragraph 273 of his reasons, where

celle qui est en cause en l'espèce exigeait, à tout le moins, que la question soit portée à l'attention du juge de première instance afin qu'il puisse examiner les questions particulières qui en découlaient. Ne pas l'avoir fait en l'espèce a entraîné des problèmes graves, qui n'ont aidé personne.

[87] Premièrement, le juge de première instance ne fait jamais allusion au fait que cette question additionnelle devient pertinente seulement si la désignation a été faite valablement à l'origine. Or, il a conclu que cette désignation était nulle *ab initio*. Deuxièmement, le juge de première instance contrôle la question du prétendu défaut d'assurer le suivi comme s'il s'agissait d'une décision assujettie à la norme de la décision raisonnable (motifs, au paragraphe 105). Le dossier dont il disposait n'indiquait pas que l'on avait demandé au GC de procéder à ce suivi et que celui-ci avait refusé. Faute de décision, la réparation à laquelle donne lieu le défaut d'exécuter une obligation imposée par la loi est un *mandamus* enjoignant à l'acteur gouvernemental d'exécuter l'obligation.

[88] Fait plus important, la question soulevée par la prétendue modification a permis au juge de première instance de tenir compte d'une preuve abondante, produite par l'appelante et par les intimés, qui est postérieure à la désignation. Le juge de première instance s'est appuyé sans distinction sur cette preuve pour conclure que le GC n'avait pas assuré le suivi et que la désignation excédait les pouvoirs du GC. (Cette position ressort de l'ensemble des motifs, mais voir, par exemple, les paragraphes 7 et 260 à 262, où le juge de première instance s'appuie sur le rapport concernant Maher Arar [*Rapport sur les événements concernant Maher Arar*] pour statuer que la désignation était illégale lorsqu'elle a été faite en 2004, même si le rapport a été rendu public seulement en 2006.)

[89] Il y a une date importante que le juge de première instance aurait dû retenir : le 29 décembre 2004, la date à laquelle le Règlement est entré en vigueur, la dernière date pertinente en ce qui a trait à l'évaluation de la question de légalité. Peu importe les conditions préalables que l'on veut appliquer, la légalité du Règlement ne pouvait pas être évaluée sur la foi de faits survenus après la date de la prise du Règlement. C'est ce que le juge de première instance semble d'ailleurs reconnaître au para-

he says that the third country must be shown to have complied with the relevant articles of the Conventions before the Regulations are passed. However, he reviewed the evidence without regard to this date (Appendix II to these reasons sets out, from a cursory review, the body of evidence before the applications Judge which postdates the date of promulgation as well as that which he specifically considered in support of his conclusion that the Regulations were *ultra vires*).

[90] In my respectful view, the applications Judge's failure to focus on the relevant date (as well as the other issues which went unaddressed) can only be attributed to the fact that the purported amendment to include the alleged failure to conduct the ongoing review was never spoken to. The respondents' contention that an amendment of the type here in issue can take place without being spoken to is ill advised and serves no one. If the respondents wanted to enlarge their judicial review application, it was incumbent upon them to bring the appropriate motion.

[91] That said, because the parties conducted their case on the basis that some form of amendment took place, I will nevertheless address the applications Judge's conclusion that the GIC failed to conduct the ongoing review.

[92] In my respectful view, the conclusion reached by the applications Judge suffers from the same fundamental flaw as his initial conclusion: it assumes that the GIC had an ongoing obligation to monitor "actual" compliance or compliance "in absolute terms". That is not how the obligation to review is framed. The obligation is directed at the review of the four factors identified in subsection 102(2) of the IRPA, and is intended to ensure that the GIC continues to monitor these factors so as to be in a position to reassess the opportunity of maintaining the designation should the evolution of the factors so require.

[93] In this respect, the record shows that directives were adopted as early as October 12, 2004, to ensure "a continuing review of factors set out in subsection 102(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* with respect to countries designated under paragraph 102(1)(a)

graphie 273 de ses motifs, lorsqu'il dit qu'il faut démontrer que le « pays tiers » s'est conformé aux articles pertinents de la Convention avant la prise du Règlement. Or, il a examiné la preuve sans tenir compte de cette date (l'annexe II des présents motifs donne un aperçu des éléments de preuve qui ont été présentés au juge de première instance et qui sont postérieurs à la date de prise du Règlement et de ceux qu'il a expressément pris en considération pour conclure que le Règlement excédait les pouvoirs conférés par la LIPR).

[90] À mon avis, le juge de première instance n'a pas tenu compte de la date pertinente (ni des autres questions qui n'ont pas été tranchées) tout simplement parce qu'il n'a jamais été question de la prétendue modification concernant le défaut du GC d'assurer le suivi. La prétention des intimés selon laquelle une modification de ce genre peut être apportée sans qu'elle soit débattue est déraisonnable et n'aide personne. Si les intimés voulaient élargir leur demande de contrôle judiciaire, il leur incombait de présenter la requête appropriée.

[91] Cela étant dit, je vais tout de même examiner la conclusion du juge de première instance selon laquelle le GC n'a pas assuré le suivi, parce que les parties ont présenté leur thèse comme si la modification dont il est question ci-dessus avait été apportée.

[92] À mon avis, la conclusion tirée par le juge de première instance comporte le même défaut que sa première conclusion : le juge de première instance suppose que le GC avait l'obligation de vérifier de manière continue la conformité « effective » ou « rigoureuse ». Or, l'obligation d'assurer le suivi n'est pas ainsi libellée : il s'agit d'assurer le suivi de l'examen des quatre facteurs prévus par le paragraphe 102(2) de la LIPR. Cette obligation vise à assurer que le GC continue de surveiller le respect des quatre facteurs afin d'être en mesure de réévaluer la possibilité de maintenir la désignation au besoin.

[93] À cet égard, le dossier révèle que des directives ont été adoptées dès le 12 octobre 2004 afin d'assurer « le suivi de l'examen des facteurs énoncés au paragraphe 102(2) de la LIPR à l'égard des pays désignés en vertu de l'alinéa 102(1)a) de la Loi » (affidavit de M.

of that Act” (Scofield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, at paragraph 42 and Exhibit B-11). These directives require the Minister of Citizenship and Immigration to undertake a review “on a continuous basis” of those factors and report to the GIC on a regular basis, or more often should circumstances warrant.

[94] The record reveals that on May 29, 2006, the UNHCR’s representative in Canada again appeared before the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration regarding the UNHCR’s one year review of the Safe Third Country Agreement and expressed the view that both countries continue to qualify as safe third countries (see Scofield affidavit, appeal book, Vol. 11, Tab 33, at page 3101, paragraph 36 and Exhibit B10, at page 3247).

[95] Further, in June 2006, pursuant to Article 8, paragraph 3 of the Safe Third Country Agreement, the UNHCR released a report [*Monitoring Report: Canada-United States “Safe Third Country” Agreement, 29 December 2004–28 December 2005*], assessing the first 12 months of the Safe Third Country Agreement’s operation (Tom Heinze affidavit, appeal book, Vol. 12, Tab 34, Exhibit TH2, at page 3382). The crux of the report’s conclusions is as follows (Tom Heinze affidavit, appeal book, Vol. 12, Tab 34, Exhibit TH2, at page 3387) [at page 6]:

It is the UNHCR’s overall assessment that the Agreement has generally been implemented by the Parties according to its terms, and, with regard to those terms, international refugee law. The Agreement appears to be functioning relatively smoothly. Individuals who request protection are generally given an adequate opportunity to lodge refugee claims at the ports of entry and eligibility determination decisions under the Agreement have generally been made correctly.

UNHCR notes, however, particular concern with respect to the Parties’ continued use of the direct back policy. This has been especially problematic for asylum-seekers directed back from Canada to the United States, as a number were detained in the United States and unable to attend their scheduled interviews. [Footnote omitted.]

“The direct back policy” refers to the process whereby an asylum seeker approaches a port of entry at a time when border officials are unable to process his or her claim and is returned

Scofield, dossier d’appel, vol. 11, onglet 33, au paragraphe 42 et pièce B-11). Ces directives exigent que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration assure le suivi « de façon permanente » et en rende compte au GC régulièrement, ou plus souvent si les circonstances le justifient.

[94] Le dossier révèle que le représentant du HCR au Canada a comparu de nouveau devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration de la Chambre des communes le 29 mai 2006, relativement à l’examen de la première année de l’Entente sur les tiers pays sûrs qui a été effectué par le HCR. Selon lui, les deux pays constituaient toujours des tiers pays sûrs (affidavit de M. Scofield, dossier d’appel, vol. 11, onglet 33, à la page 3101, paragraphe 36 et pièce B10, à la page 3247).

[95] En outre, le HCR a publié un rapport en juin 2006 [*Rapport de surveillance : Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les É.-U., 29 décembre 2004–28 décembre 2005*], en vertu de l’article 8, paragraphe 3 de l’Entente sur les tiers pays sûrs, portant sur les 12 premiers mois d’application de cette entente (affidavit de Tom Heinze, dossier d’appel, vol. 12, onglet 34, pièce TH2, à la page 3382). Le HCR conclut principalement (affidavit de Tom Heinze, dossier d’appel, vol. 12, onglet 34, pièce TH2, à la page 3387) [à la page 7] :

Selon l’évaluation globale du HCR, les modalités de l’Entente ont, en général, été respectées par les parties lors de la mise en œuvre de celle-ci et ces modalités étaient conformes au droit international des réfugiés. L’Entente semble fonctionner de manière relativement efficace. De façon générale, les personnes qui demandent à être protégées se voient offrir une possibilité suffisante de faire une demande d’asile aux points d’entrée, et les décisions en matière de détermination de la recevabilité aux termes de l’Entente sont généralement correctes.

Toutefois, le HCR souligne qu’il est en particulier préoccupé par l’utilisation continue par les parties de la politique de renvoi temporaire. Cela a surtout posé un problème aux demandeurs d’asile qui ont fait l’objet d’un renvoi temporaire du Canada vers les É.-U. car certains d’entre eux ont été détenus aux É.-U. et n’ont pu se présenter à leur entrevue. [Note de bas de page omise.]

La « politique de renvoi temporaire » est le processus par lequel un demandeur d’asile se présente à un point d’entrée au moment où les agents à la frontière ne sont pas en mesure de traiter sa

to the U.S. after having been given a scheduled time for an interview. The UNHCR criticism was that many claimants were not allowed to re-enter Canada to attend their scheduled interviews.

[96] The Canadian government, in conjunction with the U.S. and the UNHCR, released a further report in November 2006 [*A Partnership for Protection: Year One Review*]. As part of this report, the Canadian authorities indicated that they had phased out the use of “direct back policies” as of August 31, 2006 (Canada-United States Safe Third Agreement, Year One Review, appeal book, Vol. 12, at page 3337).

[97] In my respectful view, the record does not support the applications Judge’s conclusion that the GIC is in breach of its obligation to conduct the ongoing review mandated by subsection 102(3) of the IRPA.

Third certified question: The Charter challenge

[98] At the hearing, counsel for the respondent organizations insisted on the fact that their public interest standing was not being challenged in this appeal. As previously noted, the applications Judge refused to certify the question proposed by the appellant challenging their standing. However, the applications Judge’s refusal to certify a question with respect to standing does not immunize this issue from review on appeal. Once a question has been certified, and an appeal is launched, the Court’s appellate jurisdiction is not limited by the certified question(s) (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 25; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 12).

[99] Relying on their public interest standing, the respondent organizations successfully challenged the validity of the Regulations on Charter grounds, based on evidence (the same evidence that formed the basis of the *vires* challenge) that a class of refugees would be subject to a real risk of refoulement as a result of the Safe Third Country Agreement and that therefore, their section 7 and section 15 Charter rights were violated. To this end,

demande d’asile et est retourné aux États-Unis après qu’une date d’entrevue a été fixée. Le HCR critiquait le fait que de nombreux demandeurs n’avaient pas été autorisés à revenir au Canada pour assister à leur entrevue.

[96] Le gouvernement canadien a publié un rapport en novembre 2006 [*Partenariat pour la protection : Examen de la première année*], en collaboration avec les États-Unis et le HCR. Les autorités canadiennes ont indiqué dans ce rapport qu’elles avaient arrêté progressivement d’appliquer la « politique de renvoi temporaire » depuis le 31 août 2006 (Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs, Examen de la première année, dossier d’appel, vol. 12, à la page 3337).

[97] À mon avis, le dossier n’était pas la conclusion du juge de première instance selon laquelle le GC ne remplit pas son obligation d’assurer le suivi exigé par le paragraphe 102(3) de la LIPRA.

La troisième question certifiée : la contestation fondée sur la Charte

[98] À l’audience, l’avocat des organisations intimées a insisté sur le fait que la qualité de ces dernières pour agir dans l’intérêt public n’était pas contestée dans le cadre du présent appel. Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge du procès a refusé de certifier la question proposée par l’appelante à ce sujet. Le refus du juge de première instance de certifier une question concernant la qualité pour agir n’empêche cependant pas l’examen de cette question en appel. Lorsqu’une question a été certifiée et qu’un appel est interjeté, la compétence de la Cour en appel n’est pas limitée par les questions certifiées (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 25; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 12).

[99] S’appuyant sur leur qualité pour agir dans l’intérêt public, les organisations intimées ont contesté avec succès la validité du Règlement pour des motifs liés à la Charte, en présentant des éléments de preuve (sur lesquels était aussi fondée la contestation de la légalité) qui démontraient qu’une catégorie de réfugiés seraient exposés à un risque véritable de refoulement en raison de l’Entente sur les tiers pays sûrs et que, par conséquent, les droits

they maintained, and the applications Judge agreed, that their challenge is not dependent on John Doe's (reasons, at paragraph 51), but concerns a class of refugees, which they say would be treated in a certain way if they were to present themselves at a Canadian land border port of entry (*idem*).

[100] In my respectful view, this hypothetical approach, which the applications Judge entertained, goes against the well-established principle that a Charter challenge cannot be mounted in the abstract. The only exception is where it can be shown that the impugned legislation would otherwise be immune from challenge (*Canadian Council of Churches* (S.C.C), at pages 255-256):

From the material presented, it is clear that individual claimants for refugee status, who have every right to challenge the legislation, have in fact done so. There are, therefore, other reasonable methods of bringing the matter before the Court. On this ground the applicant Council must fail. I would hasten to add that this should not be interpreted as a mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge. Here there is no such immunization as plaintiff refugee claimants are challenging the legislation. Thus the very rationale for the public interest litigation party disappears. [My emphasis.]

The applications Judge distinguishes the present situation from the one confronting the Supreme Court in the above case on the basis that in the matter before him, a refugee would have to bring the challenge from outside of Canada (reasons, at paragraph 43).

[101] With respect, there is no evidence that a refugee would have to bring a challenge from outside Canada. Refugees must present themselves at a Canadian land border port of entry in order for an officer to determine whether, on the balance of probabilities, they fall within one of the enumerated exceptions and whether the claim should be referred to the Immigration and Refugee Board. During this time, the refugee claimant remains in Canada, as according to the Canadian government's one-year report alluded to earlier (at paragraph 96), Canadian authorities phased out the "direct send back policy" as

qui leur sont garantis aux articles 7 et 15 de la Charte ne sont pas respectés. Elles ont soutenu à cet égard que leur contestation ne dépend pas de celle de M. Untel (motifs, au paragraphe 51), mais concerne une catégorie de réfugiés qui, selon elles, seraient traités d'une certaine façon s'ils se présentaient à un poste frontalier terrestre canadien. Le juge de première instance leur a donné raison sur ce point (*idem*).

[100] À mon avis, cette approche hypothétique que le juge de première instance a employée va à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut être examinée dans l'abstrait, sauf s'il est démontré que les dispositions législatives en cause ne pourraient pas être contestées d'une autre façon (*Conseil canadien des Églises* (C.S.C.), aux pages 255 et 256) :

Il ressort des documents présentés que des demandeurs individuels du statut de réfugié, qui ont le droit de contester la loi, s'en sont prévalu. Il existe donc d'autres méthodes raisonnables de saisir la cour de la question. Pour ce motif, le Conseil requérant ne peut avoir gain de cause. Je m'empresserais d'ajouter que cette décision ne devrait pas être interprétée comme le résultat d'une application mécaniste d'une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation. En l'espèce, la loi ne l'est pas puisque des demandeurs du statut de réfugié la conteste. En conséquence, le motif à la base même de la reconnaissance à une partie de la qualité pour agir dans l'intérêt public disparaît. [Non souligné dans l'original.]

Selon le juge de première instance, la présente affaire est différente de celle dont était saisie la Cour suprême dans *Conseil canadien des Églises*, précité, car, en l'espèce, un réfugié devrait présenter la contestation à partir de l'extérieur du Canada (motifs, au paragraphe 43).

[101] En toute déférence, la preuve ne démontre pas qu'un réfugié devrait présenter la contestation à partir de l'extérieur du Canada. Un réfugié doit se présenter à un poste frontalier terrestre canadien pour qu'un agent décide si, selon la prépondérance des probabilités, il est visé par l'une des exceptions prévues et si la demande d'asile devrait être transmise à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Pendant ce temps, le demandeur d'asile demeure au Canada puisque, selon ce qu'indique le rapport publié par le gouvernement du Canada à la suite de l'examen de la première année

of August 31, 2006. During this time, the refugee claimant can be represented by counsel (reasons, at paragraph 288). Furthermore, in its one-year report, the Canadian government encourages non-governmental organizations to assist in maintaining the well-being of refugees throughout the process (affidavit of Tom Heinze, appeal book, Vol. 12, Tab 34, Exhibit TH2, at page 3336). It follows that once it is determined that a claimant cannot remain in Canada by reason of the Safe Third Country Agreement, nothing prevents the claimant from challenging this determination on Charter grounds.

[102] Consequently, in this case, the ability of the respondent organizations to bring the Charter challenge depends on John Doe. However, John Doe never presented himself at the Canadian border and therefore never requested a determination regarding his eligibility. Following the renewed evidence regarding the threat that the FARC poses to his life, U.S. immigration authorities agreed to reconsider his claim and he remains in the U.S. The applications Judge's conclusion that John Doe should nevertheless be considered as having come to the border and as having been denied entry runs directly against the established principle that Charter challenges cannot be mounted on the basis of hypothetical situations.

[103] There is, in this case, no factual basis upon which to assess the alleged Charter breaches. The respondent organizations' main contention is directed at a border officer's lack of discretion to forgo returning a claimant to the U.S. for reasons other than the enumerated exceptions set out in section 159.5 of the Regulations. This challenge, however, should be assessed in a proper factual context—that is, when advanced by a refugee who has been denied asylum in Canada pursuant to the Regulations and faces a real risk of refoulement in being sent back to the U.S. pursuant to the Safe Third Country Agreement.

d'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs dont il a été question précédemment (au paragraphe 96), les autorités canadiennes ont arrêté progressivement d'appliquer la « politique de renvoi temporaire » depuis le 31 août 2006. Pendant ce temps, le demandeur d'asile peut être représenté par un avocat (motifs, au paragraphe 288). En outre, dans son rapport concernant la première année d'application de l'Entente sur les tiers pays sûrs, le gouvernement canadien encourage les organisations non gouvernementales à aider à assurer le bien-être des réfugiés pendant tout le processus (affidavit de Tom Heinze, dossier d'appel, vol. 12, onglet 34, pièce TH2, à la page 3336). Ainsi, une fois qu'on a déterminé qu'il ne peut pas demeurer au Canada en raison de l'Entente sur les tiers pays sûrs, rien n'empêche un demandeur d'asile de contester cette décision en se fondant sur la Charte.

[102] Par conséquent, la capacité des organisations intimées de déposer une contestation fondée sur la Charte en l'espèce dépend de M. Untel. Ce dernier ne s'étant jamais présenté à la frontière canadienne, il n'a donc jamais fait examiner la recevabilité de sa demande d'asile. Après avoir pris connaissance de la nouvelle preuve concernant les menaces de mort proférées par les FARC à son endroit, les autorités américaines de l'immigration ont accepté de réexaminer sa demande et il est demeuré aux États-Unis. La conclusion du juge de première instance selon laquelle il fallait néanmoins considérer que M. Untel s'était présenté à la frontière et n'avait pas été autorisé à entrer au Canada va directement à l'encontre du principe bien établi selon lequel une contestation fondée sur la Charte ne peut reposer sur des hypothèses.

[103] Il n'y a, en l'espèce, aucun fait justifiant un examen des prétendues atteintes portées à la Charte. La principale prétention des organisations intimées a trait au fait que les agents à la frontière n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer un demandeur aux États-Unis pour une autre raison que les exceptions énumérées à l'article 159.5 du Règlement. La présente contestation devrait cependant être examinée dans un contexte factuel approprié, c'est-à-dire être présentée par un réfugié à qui l'asile a été refusé au Canada en application du Règlement et qui est exposé à un risque vérifiable de refoulement en étant renvoyé aux États-Unis en vertu de l'Entente sur les tiers pays sûrs.

[104] It follows that the Charter challenge should not have been entertained by the applications Judge. I would therefore decline answering the third certified question.

[105] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the applications Judge and answer the certified questions as follows:

(1) What is the appropriate standard of review in respect of the Governor-in-Council's decision to designate the United States of America as a "safe third country" pursuant to s. 102 of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

Answer: correctness;

(2) Are paragraphs 159.1 to 159.7 (inclusive) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States of America *ultra vires* and of no legal force and effect?

Answer: no;

(3) Does the designation of the United States of America as a "safe third country" alone or in combination with the ineligibility provision of clause 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* violate sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is such violation justified under section 1?

Answer: no answer can be given at this stage.

By agreement, the parties will assume their respective costs.

RICHARD C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

[104] Par conséquent, le juge de première instance n'aurait pas dû examiner la contestation fondée sur la Charte. Je refuserais donc de répondre à la troisième question certifiée.

[105] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge de première instance et je répondrais aux questions certifiées de la manière suivante :

[TRADUCTION]

1) Quelle est la norme de contrôle applicable relativement à la décision du gouverneur en conseil de désigner les États-Unis d'Amérique comme « tiers pays sûr » conformément à l'article 102 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

Réponse : la norme de la décision correcte;

2) Est-ce que les articles 159.1 à 159.7 (inclusivement) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sont *ultra vires* et n'ont aucune valeur ou effet juridique?

Réponse : non;

3) La désignation des États-Unis d'Amérique à titre de « tiers pays sûr », par elle-même ou combinée à la disposition sur l'irrecevabilité de l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, viole-t-elle les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et la violation est-elle justifiée au sens de l'article premier?

Réponse : aucune réponse ne peut être donnée à cette étape-ci.

Les parties consentent à prendre en charge leurs propres dépenses.

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

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[106] I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Noël J.A., and gratefully adopt his careful review of the facts. I agree that the appeal should be allowed. I agree also that the applications Judge should not have entertained the respondents' request for declarations that the Regulations are invalid because they are in breach of sections 7 and 15 of the Charter.

[107] However, in my opinion, the reasons for concluding that the applications Judge erred in determining the merits of the Charter challenges to the Regulations are, for the most part, equally applicable to the administrative law challenge. To grant the declaratory relief sought by the respondents would be premature and serve little useful purpose. Since the application for judicial review should have been dismissed without a determination of the substantive issues raised, no questions should have been certified, and none should be answered by this Court.

[108] I would only add that my colleague's reasons do not persuade me that the issues of statutory interpretation and the scope of judicial review raised by the respondents' application are so clear and incontrovertible that they warrant a departure from the guiding principle of judicial restraint that it is generally better to say less than more.

B. LIMITS ON THE AWARD OF DECLARATORY RELIEF

[109] The declaration is a flexible public and private law remedy, unencumbered with historical and technical baggage. Nonetheless, a declaration that the exercise of a statutory power is invalid will not be granted before the issues have ripened sufficiently to make them appropriate for adjudication. It may serve little useful purpose to grant a declaration prematurely, in the absence of concrete facts about an individual whose rights are or may be at stake.

A. INTRODUCTION

[106] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Noël. Je lui suis gré d'avoir procédé à un examen minutieux des faits, auquel je souscris. Je suis d'accord pour dire que l'appel doit être accueilli. Je conviens également que le juge de première instance n'aurait pas dû examiner la requête des intimés visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que le Règlement est invalide parce qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte.

[107] Cependant, à mon avis, les motifs étayant la conclusion que le juge de première instance a commis une erreur en se prononçant sur le bien-fondé de la contestation du Règlement fondée sur la Charte s'appliquent également, pour la plupart, à la contestation fondée sur le droit administratif. Il serait prématuré et il ne servirait à peu près à rien de prononcer le jugement déclaratoire demandé par les intimés. Puisque la demande de contrôle judiciaire aurait dû être rejetée sans rendre de décision sur les questions de fond soulevées, aucune question n'aurait dû être certifiée, et la Cour ne devrait répondre à aucune d'entre elles.

[108] Je voudrais seulement ajouter que les motifs de mon collègue ne m'ont pas convaincu que les questions relatives à l'interprétation législative et à la portée du contrôle judiciaire soulevées dans la demande des intimés sont à ce point claires et incontestables qu'elles justifient une dérogation au principe directeur de la retenue judiciaire selon lequel il vaut mieux généralement en dire moins que plus.

B. LIMITES AU JUGEMENT DÉCLARATOIRE

[109] Le jugement déclaratoire est un redressement souple de droit public et privé, qui n'obéit à aucune contrainte historique ou technique. Néanmoins, un jugement déclarant que l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi est invalide ne sera pas prononcé avant que les questions ne soient prêtes à être tranchées. Il ne serait guère utile de prononcer un jugement déclaratoire prématurément, en l'absence de faits concrets concernant une personne dont les droits sont ou peuvent être en jeu.

[110] While courts have entertained requests for declarations in respect of questions which may arise and affect individuals in the future, they must be satisfied that the benefits of making a legal determination outweigh the disadvantages of pronouncing in the abstract. In my opinion, the balance in this case clearly favours judicial restraint.

[111] Litigants seeking declaratory relief have also sometimes been barred by a lack of standing. Before the applications Judge, the appellant had argued that the application should be dismissed on this ground. However, the Judge exercised his discretion to confer public interest standing on the respondents in part because he found that there was no effective alternative method of bringing the validity of the Regulations before the Court. Claimants, he said, could not realistically be expected to make a claim at the Canadian border, only to be sent back to the United States to face the possibility of re-foulement. Accordingly, the applications Judge distinguished *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, on the ground that the potential refugee claimants in that case had an effective alternative remedy because they would be within Canada.

[112] Counsel for the appellant did not pursue before us the question of standing. However, the fact that the respondent organizations are not affected by the outcome of the litigation cannot be altogether separated from the issues of prematurity and utility. The inclusion of John Doe as an applicant does not cure the latter difficulties, even though, having been denied asylum and a withholding of removal from the United States, he may wish to come to Canada to claim refugee protection. I note that, at the time of this litigation, John Doe's claim not to be removed from the United States was being reassessed and he had not applied at the border for refugee protection in Canada.

[113] True, a declaration of invalidity of the Regulations on Charter or administrative law grounds might well assist people like John Doe, who believe that they

[110] Bien que les tribunaux aient examiné des requêtes visant à obtenir des jugements déclaratoires à l'égard de questions qui pourraient être soulevées et influencer sur les personnes à l'avenir, ils doivent être convaincus que les avantages de rendre une décision judiciaire l'emportent sur les inconvénients de statuer dans l'abstrait. À mon avis, la prépondérance en l'espèce favorise nettement la retenue judiciaire.

[111] Les parties qui demandent un jugement déclaratoire en ont aussi parfois été empêchées lorsqu'elles n'avaient pas la qualité pour agir. Devant le juge de première instance, l'appelante avait soutenu que la demande devrait être rejetée pour ce motif. Cependant, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire afin de conférer aux intimés la qualité pour agir dans l'intérêt public en partie parce qu'il estimait qu'il n'y avait pas d'autre méthode efficace pour saisir la Cour de la validité du Règlement. Selon lui, il serait irréaliste de s'attendre à ce que les demandeurs d'asile présentent leur demande d'asile à la frontière canadienne, pour se voir ensuite renvoyés aux États-Unis où ils risquent d'être refoyés. Par conséquent, le juge de première instance a fait une distinction d'avec l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, au motif que les demandeurs éventuels du statut de réfugié dans cette affaire disposaient d'un autre recours efficace parce qu'ils se trouvaient au Canada.

[112] L'avocat de l'appelante n'a pas abordé devant nous la question de la qualité pour agir. Cependant, le fait que les organisations intimées ne soient pas touchées par l'issue du litige ne peut pas être totalement séparé des questions de prématurité et d'utilité. L'ajout de M. Untel en qualité de demandeur ne résout pas ces difficultés, même si, s'étant vu refuser l'asile et un sursis à son renvoi des États-Unis, il est possible qu'il souhaite venir au Canada pour demander l'asile. Je constate que, au moment des présentes procédures, la demande de M. Untel visant à ne pas être renvoyé des États-Unis faisait l'objet d'une nouvelle évaluation et qu'il n'avait pas demandé l'asile à la frontière canadienne.

[113] En effet, un jugement déclaratoire portant que le Règlement est invalide pour des motifs fondés sur la Charte ou le droit administratif pourrait certes aider les

have a better chance of establishing their claim for protection in Canada than in the United States, but are reluctant to come to the border for fear that they will be summarily turned back, and then promptly removed by United States' authorities. If the Regulations were declared to be invalid, of course, they would be assured of access to Canada's refugee determination system.

[114] However, Canadian law respecting refugee protection is only engaged when claimants seek protection from Canadian officials in Canada, including a port of entry. The provisions of neither the international Conventions relied on in this litigation, nor the Charter, require Canada to abstain from enacting regulations which may deter nationals of third countries in the United States from coming to the Canadian border to claim refugee protection or protection from torture. Article 33 of the Refugee Convention (RC) and Article 3 of the Convention against Torture ([hereinafter] CAT) impose a negative obligation not to refole, not a positive obligation to receive potential claimants: James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), at page 301.

C. BARS TO RELIEF IN THE PRESENT CASE

[115] There are two essential problems with the declarations of invalidity sought in the respondents' application for judicial review with respect to the validity of the Safe Third Country Agreement ([hereinafter] STCA) Regulations. First, they do not match the allegations that, with respect to some categories of claimants, the policy and practice of the United States concerning refugee protection do not comply with international law. Second, they are not tailored to meet the proper concern of Canadian law, namely that claimants for refugee protection in Canada are not returned to a country to face a real risk of removal in contravention of Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT. In short, to grant the declarations sought would serve no legitimate purpose and would require the Court to embark on inadequately focussed and abstract inquiries.

personnes comme M. Untel, qui croient qu'elles ont de meilleures chances de démontrer le bien-fondé de leur demande d'asile au Canada qu'aux États-Unis, mais hésitent à venir à la frontière de peur de se faire enjoindre sommairement de faire demi-tour, puis d'être aussitôt renvoyés par les autorités américaines. Si le Règlement était déclaré invalide, ils seraient évidemment assurés d'avoir accès au système de détermination du statut de réfugié du Canada.

[114] Cependant, la législation canadienne relative à la protection des réfugiés s'applique seulement lorsque des demandeurs d'asile demandent la protection auprès des agents canadiens au Canada, y compris à un point d'entrée. Ni les dispositions des conventions internationales invoquées en l'espèce, ni celles de la Charte, n'exigent que le Canada s'abstienne d'adopter des règlements qui pourraient dissuader les ressortissants de tiers pays aux États-Unis de venir à la frontière canadienne pour demander l'asile ou la protection contre la torture. L'article 33 de la Convention sur les réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture imposent une obligation négative de ne pas refouler, non une obligation positive d'accueillir les demandeurs éventuels : James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge : Cambridge University Press, 2005), à la page 301.

C. OBSTACLES AU REDRESSEMENT EN L'ESPÈCE

[115] Les jugements déclaratoires d'invalidité demandés par les intimés dans leur demande de contrôle judiciaire soulèvent deux problèmes fondamentaux relativement à la validité des dispositions réglementaires relatives à la mise en œuvre de l'Entente sur les tiers pays sûrs ([ci-après] ETPS). Premièrement, ils ne correspondent pas aux allégations selon lesquelles, relativement à certaines catégories de demandeurs d'asile, les politiques et les pratiques des États-Unis en matière de protection des réfugiés ne sont pas conformes au droit international. Deuxièmement, ils ne sont pas adaptés à l'objet véritable de la législation canadienne, à savoir que les demandeurs d'asile au Canada ne soient pas renvoyés dans un pays où ils seront exposés à un risque véritable de renvoi en violation de l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et de l'article 3 de la Convention contre la torture. Bref,

le fait de prononcer les jugements déclaratoires demandés ne servirait aucune fin légitime et obligerait la Cour à s'engager dans des analyses mal ciblées et abstraites.

(i) Declarations of invalidity too broad

[116] The respondents allege that the policy and practice of the United States are non-compliant with Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT only with respect to certain categories of claimants. However, to declare the Regulations implementing the STCA to be invalid in their entirety, as the applications Judge did, seriously overshoots the mark.

[117] It is not a satisfactory solution of this difficulty to limit the scope of a declaration of invalidity to the categories of claimants for whom it is alleged that the United States is not a safe third country. The respondents' evidence does not purport to show that there is a real risk that every member of these categories, or significant numbers of them, are, in fact, at real risk of being re-fouled.

(ii) Timing

[118] Whether a country complies with its international obligations may change over time. If, as the respondents allege, the validity of the Regulations depends on the reasonableness of findings made by the Governor in Council about compliance at the time of their promulgation, it would seem very odd to declare them to be invalid, if, at the time of the litigation, the situation had changed and the United States was in compliance. On the other hand, delegated legislation surely cannot be invalid one day and valid the next, or *vice versa*.

[119] For the purpose of ensuring that Canada is not implicated in a refoulement, the only relevant time for determining compliance by the United States is when an individual claims refugee status or protection from torture at the Canadian border and alleges that, if sent back,

i) Jugements déclaratoires d'invalidité de portée trop générale

[116] Les intimés allèguent que les politiques et les pratiques des États-Unis ne respectent pas l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture uniquement à l'égard de certaines catégories de demandeurs d'asile. Cependant, c'est aller beaucoup trop loin que de déclarer les dispositions réglementaires relatives à la mise en œuvre de l'ETPS invalides dans leur intégralité, comme le juge de première instance l'a fait.

[117] Limiter la portée d'un jugement déclaratoire d'invalidité aux catégories de demandeurs d'asile pour lesquelles il est allégué que les États-Unis ne sont pas un tiers pays sûr ne constitue pas une solution satisfaisante à cette difficulté. La preuve des intimés ne vise pas à démontrer qu'il existe un risque véritable que tous les membres de ces catégories, ou un grand nombre d'entre eux, sont, en effet, exposés à un risque véritable d'être refoulés.

ii) Dates pertinentes

[118] Le fait qu'un pays respecte ses obligations internationales peut changer avec le temps. Si, comme les intimés l'allèguent, la validité du Règlement dépend du caractère raisonnable des conclusions tirées par le gouverneur en conseil au sujet du respect de ces obligations au moment de sa promulgation, il semblerait très étrange de le déclarer invalide si, au moment des présentes procédures, la situation avait changé et que les États-Unis les respectaient. Par ailleurs, la législation déléguée ne peut sûrement pas être invalide un jour et valide le lendemain, ou *vice versa*.

[119] Afin de s'assurer que le Canada n'a pas participé à un refoulement, le seul moment pertinent pour vérifier le respect des obligations internationales par les États-Unis est lorsqu'une personne demande le statut de réfugié ou la protection contre la torture à la frontière canadienne

there is a real risk that she will be refouled by the United States.

(iii) Unwieldy nature of the inquiry

[120] The inquiry that the respondents say is required by this application for judicial review is another indication that it is misconceived. The Court is asked to examine, at large, wide swaths of U.S. refugee policy and practice in order to determine whether it was reasonable for the Governor in Council to conclude that it complied with international law.

[121] The nature and breadth of this inquiry is unlike the more focussed inquiries typically undertaken through the judicial process. Its inherently problematic nature strongly suggests that a court should only be prepared to embark upon it if necessary to protect individuals from being indirectly refouled by officers of the Canadian Border Services Agency in breach of the Charter and Canada's international obligations. As I now seek to demonstrate, it is not necessary.

(iv) Alternative avenue of recourse

[122] I start with two premises. First, unless clearly inconsistent with the statutory text, the IRPA and any regulations made pursuant to it must be construed and applied so as to be consistent with Canada's international obligations in Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT. IRPA, paragraph 3(3)(f) expressly says so. Second, regulations cannot be applied to an individual at Canada's border in a manner that breaches their Charter rights.

[123] Article 33 of the RC and Article 3 of the CAT proscribe indirect as well as direct refoulement. Hence, refugee claimants at the Canadian land border may not be turned back to the United States pursuant to the STCA Regulations if they can establish that, if returned, they would face a real risk of their removal by the United States to a country where they have a well-founded fear

et allègue que, si elle est renvoyée, elle sera exposée à un risque véritable d'être refoulée par les États-Unis.

iii) Nature complexe de l'analyse

[120] L'analyse que requiert la présente demande de contrôle judiciaire, selon les intimés, est un autre indice qu'elle est mal comprise. La Cour est appelée à examiner, de façon générale, une grande partie des politiques et des pratiques des États-Unis en matière de statut de réfugié afin de déterminer s'il était raisonnable pour le gouverneur en conseil de conclure qu'elles étaient conformes au droit international.

[121] La nature et l'ampleur de la présente analyse sont différentes de celles des analyses plus ciblées normalement effectuées dans le cadre du processus judiciaire. Sa nature intrinsèquement problématique laisse clairement entendre qu'un tribunal devrait l'envisager seulement s'il est nécessaire de protéger les personnes afin qu'elles ne soient pas refoulées indirectement par les agents de l'Agence des services frontaliers du Canada en violation de la Charte et des obligations internationales du Canada. Je tenterai maintenant de démontrer que ce n'est pas nécessaire.

iv) Autre voie de recours

[122] Je débute par deux principes. Premièrement, à moins d'être manifestement incompatibles avec le libellé de la loi, l'interprétation et la mise en œuvre de la LIPR et de tout règlement d'application doivent avoir pour effet de se conformer aux obligations internationales du Canada énoncées à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture. La LIPR, à l'alinéa 3(3)(f), le mentionne expressément. Deuxièmement, les dispositions réglementaires ne peuvent s'appliquer à une personne à la frontière canadienne de manière à violer ses droits garantis par la Charte.

[123] L'article 33 de la Convention sur les réfugiés et l'article 3 de la Convention contre la torture interdisent le refoulement indirect ainsi que direct. En conséquence, il se peut que les demandeurs du statut de réfugié à la frontière terrestre canadienne ne soient pas renvoyés aux États-Unis en vertu des dispositions réglementaires relatives à l'ETPS s'ils peuvent démontrer que, s'ils étaient

of torture, or persecution on a Convention ground. Such a risk assessment must be made in respect of individual claimants, in light of the United States' law and practice at that time as it pertains to them. A denial of access to Canada's refugee determination system would be subject to an application for leave and for judicial review. These propositions would seem to flow inexorably from *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

[124] Claimants for refugee status at the Canadian land border must already be examined to determine if they are eligible for access to Canada's refugee determination system as falling within one of the categories excluded from the STCA: the presence of a close relative in Canada, for example. The two-level administrative process established for enabling a person claiming a statutory exemption from the STCA is, according to the applications Judge, generally completed within a day. This process could equally well be used to determine whether a person was eligible for a refugee determination in Canada, on the ground that, as a person facing a real risk of refoulement if returned to the United States, the Regulations may not validly be applied to her.

[125] Of course, adding a risk assessment in some cases may increase the time and resources needed to make a decision on eligibility, even though, until a risk of refoulement was established, a full refugee determination would not be required. Nor could a claimant be returned to the United States pending an eligibility determination, unless the United States' authorities provided an assurance that the claimant would not be removed until the eligibility decision had been made. However, I see no viable alternative if refugee claimants are not to be subject to indirect refoulement in violation of their Charter rights and IRPA. No doubt guidelines will be developed to assist officers in making these eligibility determinations.

renvoyés, ils seraient exposés à un risque véritable de renvoi des États-Unis dans un pays où ils craignent avec raison d'être torturés ou persécutés pour des motifs prévus par les Conventions. Il faut procéder à une telle évaluation des risques à l'égard des demandeurs individuels, en fonction du droit et de la pratique aux États-Unis qui les visent à ce moment-là. Le refus de l'accès au système de détermination du statut de réfugié du Canada serait assujéti à une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Ces propositions semblent découler inexorablement de l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

[124] Les demandeurs du statut de réfugié à la frontière terrestre canadienne doivent avoir déjà été interrogés afin de déterminer s'ils sont admissibles au système de détermination du statut de réfugié du Canada parce qu'ils appartiennent à l'une des catégories exclues de l'ETPS : la présence d'un proche parent au Canada, par exemple. Selon le juge de première instance, le processus administratif en deux étapes permettant à une personne qui demande une exemption prévue par la loi à l'ETPS est généralement achevé en une seule journée. On pourrait également avoir recours à ce processus afin de déterminer si une personne est admissible à présenter une demande de statut de réfugié au Canada, au motif que, étant exposée à un risque véritable de refoulement si elle était renvoyée aux États-Unis, il est possible que le Règlement ne puisse s'appliquer valablement à elle.

[125] Bien entendu, l'ajout d'une évaluation des risques dans certains cas peut se traduire par une augmentation du temps et des ressources nécessaires pour statuer sur l'admissibilité, même si, jusqu'à ce qu'un risque de refoulement ne soit établi, une décision exhaustive quant au statut de réfugié n'est pas exigée. Un demandeur d'asile ne pourrait pas non plus être renvoyé aux États-Unis en attendant la détermination de l'admissibilité, à moins que les autorités américaines n'offrent l'assurance que le demandeur d'asile ne sera pas renvoyé jusqu'à ce que soit rendue la décision sur l'admissibilité. Cependant, je ne vois aucune solution de rechange valable si les demandeurs du statut de réfugié ne font pas l'objet de refoulement indirect en violation de leurs droits garantis par la Charte et la LIPR. Il ne fait aucun doute que des lignes directrices seront élaborées afin d'aider les agents à prendre des décisions concernant l'admissibilité.

[126] In this context, the decision of the House of Lords in *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920 is illuminating. Pursuant to the Dublin Convention [*Convention Determining the State Responsible for Examining Applications for Asylum Lodged in One of the Member State of the European Community*, 15 June 1990, Dublin], an agreement among members of the European Union with broadly similar principles and objectives as the STCA, the Secretary of State had decided to return the applicants, nationals of Sri Lanka, to Germany, their country of first arrival in the European Union, without a determination in the United Kingdom of their refugee claims. The applicants argued that, contrary to Article 33 of the RC, German law did not recognize refugee claims based on persecution by non-state agents and that consequently it would be unlawful for the Secretary of State to return them to Germany to face refoulement.

[127] The House of Lords recognized the existence of a tension between the need to ensure the efficient implementation of international “burden sharing” arrangements for the accelerated return of refugee claimants, and the need to protect fundamental human rights, including those created by Article 33: see paragraphs 58 and 74 [of *Yogathas*].

[128] Thus, it was said, there is a heavy burden on claimants to establish that they face a real risk of refoulement from a country which was considered safe by the Secretary of State and was a party to the relevant international human rights instruments: at paragraph 74. The fact that the law of the “safe country” may not in theory comply with Article 33 of the RC is not in itself sufficient to prevent a lawful return to that country. The question, rather, is a practical one: is there in fact a real risk that the claimant would be refouled if returned: at paragraph 47.

[126] Dans ce contexte, la décision de la Chambre des lords dans *Regina (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] 1 A.C. 920, nous éclaire à cet égard. En vertu de la Convention de Dublin [*Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes*, 15 juin 1990, Dublin], entente intervenue entre les pays membres de l'Union européenne dont les principes et les objectifs sont essentiellement similaires à ceux de l'ETPS, le secrétaire d'État a décidé de renvoyer les demandeurs, des ressortissants du Sri Lanka, en Allemagne, le premier pays de l'Union européenne où ils sont arrivés, sans qu'une décision ne soit rendue au Royaume-Uni relativement à leur revendication du statut de réfugié. Les demandeurs ont allégué que, en contravention de l'article 33 de la Convention sur les réfugiés, le droit allemand ne reconnaissait pas les revendications du statut de réfugié fondées sur la persécution par des agents non gouvernementaux et qu'il serait donc illégal que le secrétaire d'État les renvoie en Allemagne où ils risqueraient d'être refoulés.

[127] La Chambre des lords a reconnu l'existence d'un conflit entre la nécessité d'assurer la mise en œuvre efficace des accords internationaux sur le « partage du fardeau » à l'égard du renvoi accéléré des demandeurs du statut de réfugié, et la nécessité de protéger les droits de l'homme fondamentaux, y compris ceux créés aux termes de l'article 33 : voir les paragraphes 58 et 74 [de l'arrêt *Yogathas*].

[128] Ainsi, elle a dit que les demandeurs d'asile doivent s'acquitter d'un lourd fardeau afin de démontrer qu'ils sont exposés à un risque véritable de refoulement de la part d'un pays qui était considéré sûr par le secrétaire d'État et qui était un pays signataire des instruments internationaux pertinents portant sur les droits de l'homme : au paragraphe 74. Le fait que la législation du « pays sûr » peut, en théorie, ne pas respecter l'article 33 de la Convention sur les réfugiés ne suffit pas en soi pour empêcher un renvoi légal dans ce pays. La question est plutôt d'ordre pratique : existe-t-il effectivement un risque véritable que le demandeur d'asile soit refoulé s'il était renvoyé : au paragraphe 47.

[129] The House of Lords also made it clear that, if satisfied that there were substantial grounds for believing that a claimant would be at risk of refoulement if sent back to the country of first arrival, the Secretary of State could not simply return the claimant to that country because of the existence of the “country of first arrival” agreement: at paragraphs 11 and 74. A claimant who establishes a risk of refoulement would then be eligible for a refugee determination in the United Kingdom.

[130] In short, a declaration of invalidity of the STCA Regulations is not required in order to ensure that they are not applied to claimants for protection at the land border in breach of either Canada’s international obligations not to refoule, or the Charter.

D. CONCLUSIONS

[131] For these reasons I would allow the appeal.

APPENDIX I

Impugned Regulations

159.1 The following definitions apply in this section and sections 159.2 to 159.7.

“Agreement” means the Agreement dated December 5, 2002 between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries.

“claimant” means a claimant referred to in paragraph 101(1)(e) of the Act.

“designated country” means a country designated by section 159.3.

“family member”, in respect of a claimant, means their spouse or common-law partner, their legal guardian, and any of the following persons, namely, their child, father, mother, brother, sister, grandfather, grandmother, grandchild, uncle, aunt, nephew or niece.

“legal guardian”, in respect of a claimant who has not attained the age of 18 years, means a person who has custody of the claimant or who is empowered to act on the claimant’s

[129] La Chambre des lords a également précisé que, si elle était convaincue qu’il y avait des motifs sérieux de croire qu’un demandeur d’asile risquerait d’être refoulé s’il était renvoyé dans le premier pays où il est arrivé, le secrétaire d’État ne pourrait simplement renvoyer le demandeur d’asile dans ce pays en raison de l’existence de l’entente sur le « premier pays d’arrivée » : paragraphes 11 et 74. Un demandeur d’asile qui démontre un risque de refoulement serait ensuite admissible à présenter une demande de statut de réfugié au Royaume-Uni.

[130] Bref, il n’est pas nécessaire de déclarer invalides les dispositions réglementaires relatives à la mise en œuvre de l’ETPS afin de s’assurer qu’elles ne s’appliquent pas aux demandeurs d’asile à la frontière terrestre en violation des obligations internationales du Canada de ne pas refouler ou encore de la Charte.

D. CONCLUSIONS

[131] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel.

ANNEXE I

Dispositions réglementaires contestées

159.1 Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 159.2 à 159.7.

« Accord » L’Entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique pour la coopération en matière d’examen des demandes d’asile présentées par des ressortissants de tiers pays en date du 5 décembre 2002.

« demandeur » Demandeur visé par l’alinéa 101(1)e) de la Loi.

« États-Unis » Les États-Unis d’Amérique, à l’exclusion de Porto Rico, des Îles Vierges, de Guam et des autres possessions et territoires de ce pays.

« membre de la famille » À l’égard du demandeur, son époux ou conjoint de fait, son tuteur légal, ou l’une ou l’autre des personnes suivantes : son enfant, son père, sa mère, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils, sa petite-fille, son oncle, sa tante, son neveu et sa nièce.

« pays désigné » Pays qui est désigné aux termes de l’article 159.3.

behalf by virtue of a court order or written agreement or by operation of law.

“United States” means the United States of America, but does not include Puerto Rico, the Virgin Islands, Guam or any other United States of America possession or territory.

159.2 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply to a claimant who is a stateless person who comes directly or indirectly to Canada from a designated country that is their country of former habitual residence.

159.3 The United States is designated under paragraph 102(1)(a) of the Act as a country that complies with Article 33 of the Refugee Convention and Article 3 of the Convention Against Torture, and is a designated country for the purpose of the application of paragraph 101(1)(e) of the Act.

159.4 (1) Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply to a claimant who seeks to enter Canada at

- (a) a location that is not a port of entry;
- (b) a port of entry that is a harbour port, including a ferry landing; or
- (c) subject to subsection (2), a port of entry that is an airport.

(2) Paragraph 101(1)(e) of the Act applies to a claimant who has been ordered removed from the United States and who seeks to enter Canada at a port of entry that is an airport while they are in transit through Canada from the United States in the course of the enforcement of that order.

159.5 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply if a claimant who seeks to enter Canada at a location other than one identified in paragraphs 159.4(1)(a) to (c) establishes, in accordance with subsection 100(4) of the Act, that

- (a) a family member of the claimant is in Canada and is a Canadian citizen;
- (b) a family member of the claimant is in Canada and is
 - (i) a protected person within the meaning of subsection 95(2) of the Act,
 - (ii) a permanent resident under the Act, or
 - (iii) a person in favour of whom a removal order has been stayed in accordance with section 233;

« tuteur légal » À l'égard du demandeur qui a moins de dix-huit ans, la personne qui en a la garde ou est habilitée à agir en son nom en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'un accord écrit ou par l'effet de la loi.

159.2 L'alinéa 101(1)e) de la Loi ne s'applique pas au demandeur apatride qui arrive directement ou indirectement au Canada d'un pays désigné dans lequel il avait sa résidence habituelle.

159.3 Les États-Unis sont un pays désigné au titre de l'alinéa 102(1)a) de la Loi à titre de pays qui se conforme à l'article 33 de la Convention sur les réfugiés et à l'article 3 de la Convention contre la torture et sont un pays désigné pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la Loi.

159.4 (1) L'alinéa 101(1)e) de la Loi ne s'applique pas au demandeur qui cherche à entrer au Canada à l'un ou l'autre des endroits suivants :

- a) un endroit autre qu'un point d'entrée;
- b) un port, notamment un débarcadère de traversier, qui est un point d'entrée;
- c) sous réserve du paragraphe (2), un aéroport qui est un point d'entrée.

(2) Dans le cas où le demandeur cherche à entrer au Canada à un aéroport qui est un point d'entrée, l'alinéa 101(1)e) de la Loi s'applique s'il est en transit au Canada en provenance des États-Unis suite à l'exécution d'une mesure prise par les États-Unis en vue de son renvoi de ce pays.

159.5 L'alinéa 101(1)e) de la Loi ne s'applique pas si le demandeur qui cherche à entrer au Canada à un endroit autre que l'un de ceux visés aux alinéas 159.4(1)a) à c) démontre, conformément au paragraphe 100(4) de la Loi, qu'il se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

- a) un membre de sa famille qui est un citoyen canadien est au Canada;
- b) un membre de sa famille est au Canada et est, selon le cas :
 - (i) une personne protégée au sens du paragraphe 95(2) de la Loi,
 - (ii) un résident permanent sous le régime de la Loi,
 - (iii) une personne à l'égard de laquelle la décision du ministre emporte sursis de la mesure de renvoi la visant conformément à l'article 233;

(c) a family member of the claimant who has attained the age of 18 years is in Canada and has made a claim for refugee protection that has been referred to the Board for determination, unless

- (i) the claim has been withdrawn by the family member,
- (ii) the claim has been abandoned by the family member,
- (iii) the claim has been rejected, or
- (iv) any pending proceedings or proceedings respecting the claim have been terminated under subsection 104(2) of the Act or any decision respecting the claim has been nullified under that subsection;

(d) a family member of the claimant who has attained the age of 18 years is in Canada and is the holder of a work permit or study permit other than

- (i) a work permit that was issued under paragraph 206(b) or that has become invalid as a result of the application of section 209, or
- (ii) a study permit that has become invalid as a result of the application of section 222;

(e) the claimant is a person who

- (i) has not attained the age of 18 years and is not accompanied by their mother, father or legal guardian,
- (ii) has neither a spouse nor a common-law partner, and
- (iii) has neither a mother or father nor a legal guardian in Canada or the United States;

(f) the claimant is the holder of any of the following documents, excluding any document issued for the sole purpose of transit through Canada, namely,

- (i) a permanent resident visa or a temporary resident visa referred to in section 6 and subsection 7(1), respectively,
- (ii) a temporary resident permit issued under subsection 24(1) of the Act,
- (iii) a status document referred to in subsection 31(3) of the Act,
- (iv) refugee travel papers issued by the Minister of Foreign Affairs, or
- (v) a temporary travel document referred to in section 151;

c) un membre de sa famille âgé d'au moins dix-huit ans est au Canada et a fait une demande d'asile qui a été déferée à la Commission sauf si, selon le cas :

- (i) celui-ci a retiré sa demande,
- (ii) celui-ci s'est désisté de sa demande,
- (iii) sa demande a été rejetée,
- (iv) il a été mis fin à l'affaire en cours ou la décision a été annulée aux termes du paragraphe 104(2) de la Loi;

d) un membre de sa famille âgé d'au moins dix-huit ans est au Canada et est titulaire d'un permis de travail ou d'un permis d'études autre que l'un des suivants :

- (i) un permis de travail qui a été délivré en vertu de l'alinéa 206b) ou qui est devenu invalide du fait de l'application de l'article 209,
- (ii) un permis d'études qui est devenu invalide du fait de l'application de l'article 222;

e) le demandeur satisfait aux exigences suivantes :

- (i) il a moins de dix-huit ans et n'est pas accompagné par son père, sa mère ou son tuteur légal,
- (ii) il n'a ni époux ni conjoint de fait,
- (iii) il n'a ni père, ni mère, ni tuteur légal au Canada ou aux États-Unis;

f) le demandeur est titulaire de l'un ou l'autre des documents ci-après, à l'exclusion d'un document délivré aux seules fins de transit au Canada :

- (i) un visa de résident permanent ou un visa de résident temporaire visés respectivement à l'article 6 et au paragraphe 7(1),
- (ii) un permis de séjour temporaire délivré au titre du paragraphe 24(1) de la Loi,
- (iii) un titre de voyage visé au paragraphe 31(3) de la Loi,
- (iv) un titre de voyage de réfugié délivré par le ministre des Affaires étrangères,
- (v) un titre de voyage temporaire visé à l'article 151;

(g) the claimant is a person

(i) who may, under the Act or these Regulations, enter Canada without being required to hold a visa, and

(ii) who would, if the claimant were entering the United States, be required to hold a visa; or

(h) the claimant is

(i) a foreign national who is seeking to re-enter Canada in circumstances where they have been refused entry to the United States without having a refugee claim adjudicated there, or

(ii) a permanent resident who has been ordered removed from the United States and is being returned to Canada.

159.6 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply if a claimant establishes, in accordance with subsection 100(4) of the Act, that the claimant

(a) is charged in the United States with, or has been convicted there of, an offence that is punishable with the death penalty in the United States;

(b) is charged in a country other than the United States with, or has been convicted there of, an offence that is punishable with the death penalty in that country; or

(c) is a national of a country with respect to which the Minister has imposed a stay on removal orders under subsection 230(1) or a stateless person who is a former habitual resident of a country or place with respect to which such a stay has been imposed, and if

(i) the stay has not been cancelled under subsection 230(2), and

(ii) the claimant is not identified in subsection 230(3).

159.7 (1) For the purposes of paragraph 101(1)(e) of the Act, the application of all or part of sections 159.1 to 159.6 and this section is discontinued, in accordance with subsections (2) to (6), if

(a) a notice of suspension of the Agreement setting out the period of suspension is publicized broadly in the various regions of Canada by the Minister via information media and on the website of the Department;

(b) a notice of renewal of the suspension of the Agreement setting out the period of renewal of suspension is published in accordance with subsection (6);

g) le demandeur :

(i) peut, sous le régime de la Loi, entrer au Canada sans avoir à obtenir un visa,

(ii) ne pourrait, s'il voulait entrer aux États-Unis, y entrer sans avoir obtenu un visa;

h) le demandeur est :

(i) soit un étranger qui cherche à rentrer au Canada parce que sa demande d'admission aux États-Unis a été refusée sans qu'il ait eu l'occasion d'y faire étudier sa demande d'asile,

(ii) soit un résident permanent qui fait l'objet d'une mesure prise par les États-Unis visant sa rentrée au Canada.

159.6 L'alinéa 101(1)e) de la Loi ne s'applique pas si le demandeur démontre, conformément au paragraphe 100(4) de la Loi, que, selon le cas :

a) il est mis en accusation, aux États-Unis, pour une infraction qui pourrait lui valoir la peine de mort dans ce pays, ou y a été déclaré coupable d'une telle infraction;

b) il est mis en accusation dans un pays autre que les États-Unis pour une infraction qui pourrait lui valoir la peine de mort dans ce pays, ou y a été déclaré coupable d'une telle infraction;

c) il a la nationalité d'un pays — ou, s'il est apatride, avait sa résidence habituelle dans un pays ou un lieu donné — à l'égard duquel le ministre a imposé un sursis aux mesures de renvoi aux termes du paragraphe 230(1) dans la mesure où :

(i) le sursis n'a pas été révoqué en vertu du paragraphe 230(2),

(ii) le demandeur n'est pas visé par le paragraphe 230(3).

159.7 (1) Pour l'application de l'alinéa 101(1)e) de la Loi, il est sursis à l'application de l'ensemble ou de toute partie des articles 159.1 à 159.6 et du présent article, conformément aux paragraphes (2) à (6), dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) un avis de suspension de l'Accord prévoyant la période de suspension est diffusé par le ministre sur l'ensemble du territoire canadien par le truchement des médias d'information et du site Web du ministère;

b) un avis de continuation de la suspension de l'Accord prévoyant la période de suspension est publié conformément au paragraphe (6);

(c) a notice of suspension of a part of the Agreement is issued by the Government of Canada and the Government of the United States; or

(d) a notice of termination of the Agreement is issued by the Government of Canada or the Government of the United States.

(2) Subject to subsection (3), if a notice of suspension of the Agreement is publicized under paragraph (1)(a), sections 159.2 to 159.6 are rendered inoperative for a period of up to three months that shall be set out in the notice, which period shall begin on the day after the day on which the notice is publicized.

(3) If a notice of renewal of the suspension of the Agreement is published under paragraph (1)(b), sections 159.2 to 159.6 are rendered inoperative for the further period of up to three months set out in the notice.

(4) If a notice of suspension of part of the Agreement is issued under paragraph (1)(c), those provisions of these Regulations relating to the application of the Agreement that are referred to in the notice are rendered inoperative for a period that shall be set out in the notice. All other provisions of these Regulations continue to apply.

(5) If a notice of termination of the Agreement is issued under paragraph (1)(d), sections 159.1 to 159.6 and this section cease to have effect on the day set out in the notice

(6) Any notice referred to in paragraph (1)(b), (c) or (d) shall be published in the *Canada Gazette*, Part I, not less than seven days before the day on which the renewal, suspension in part or termination provided for in the notice is effective.

c) un avis de suspension partielle de l'Accord est délivré par le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis;

d) un avis de dénonciation de l'Accord est délivré par le gouvernement du Canada ou le gouvernement des États-Unis.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), dans le cas où un avis de suspension de l'Accord est diffusé aux termes de l'alinéa (1)a), les articles 159.2 à 159.6 sont inopérants à compter du jour suivant la diffusion de l'avis, et ce pour la période d'au plus trois mois prévue dans l'avis.

(3) Dans le cas où un avis de continuation de la suspension de l'Accord est publié aux termes de l'alinéa (1)b), les articles 159.2 à 159.6 sont inopérants pour la période supplémentaire d'au plus trois mois prévue dans l'avis.

(4) Dans le cas où un avis de suspension partielle de l'Accord est délivré aux termes de l'alinéa (1)c), les dispositions du présent règlement portant sur l'application de l'Accord qui sont mentionnées dans l'avis sont inopérantes pour la période qui y est prévue. Les autres dispositions du présent règlement continuent de s'appliquer.

(5) Dans le cas où un avis de dénonciation de l'Accord est délivré aux termes de l'alinéa (1)d), les articles 159.1 à 159.6 et le présent article cessent d'avoir effet à la date prévue dans l'avis.

(6) Tout avis visé aux alinéas (1)b), c) ou d) est publié dans la Gazette du Canada Partie I au moins sept jours avant la date de prise d'effet de la mesure en cause.

APPENDIX II

Evidence cited in respondents' supplementary memorandum of fact and law that post-dates the designation of the U.S. as a safe third country (appeal book, Vol. 1, at page 210 and following)

- Situation of Detainees at Guantanamo Bay, Report of the Rapporteurs, UN Commission on Human Rights E/CN.4/2006.120, February 15, 2006 (paras. 27, 86)
- Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (April 2005) (para. 27)

ANNEXE II

Éléments de preuve cités dans le mémoire supplémentaire des faits et du droit des intimés qui sont postérieurs à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 210 et suivantes)

- Situation des personnes détenues à Guantanamo Bay, Rapport des rapporteurs, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, E/CN.4/2006.120, 15 février 2006 (par. 27 et 86)
- Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture* (avril 2005) (par. 27)

- *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655 (F.C.A.) (para. 31)
- L. Khandwala, K. Musalo, S. Knight and M. A. K. Hreschyshyn, “The One-Year Bar: Denying protection to *bona fide* refugees, contrary to congressional intent and violative of international law”, *Immigration Briefings* (August 2005) (paras. 49, 50, 55)
- *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239 (F.C.A.), affirming the difference in standards between the U.S. and Canada regarding the risk of persecution (para. 53, No. (a))
- *Executive Office of Immigration Review Statistical Yearbook 2005*, cited for statistics on acceptance rates in the U.S (para. 53, No. (b))
- *Benslimane v. Gonzales*, 430 F.3d 828, 830 (7th Cir. 2005), cited for the proposition that the U.S. adjudication of refugee cases at the administrative level has fallen below the minimum standards of legal justice (para. 53, No. (e))
- *Arias v. Ashcroft* 143 Fed.Appx. 464 (August 2, 2005)
- *Bermudez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 286 (para. No. 56(c))
- *Matter of S-B-*, 24 I&N Dec. 42 (BIA 2006), for the proposition that the REAL ID Act (May 2005), diverges from previous adopted standards regarding credibility (para. 63)
- Conclusions and recommendations from the Committee against Torture: Canada, July 7, 2005 (para. 76)
- European Parliament, *Interim Report on the Alleged Use of European Countries by the CIA for the Transportation and Illegal Detention of Prisoners 2006/2027* (INI) Final A6-9999/2006, June 2006 (para. 79).
- Parry, Hohin T., “The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees” (2005) *Melbourne JIL* 516 (paras. 79, 86)
- *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655 (C.A.F.) (par. 31)
- L. Khandwala, K. Musalo, S. Knight et M. A. K. Hreschyshyn, « The One-Year Bar: Denying protection to *bona fide* refugees, contrary to congressional intent and violative of international law », *Immigration Briefings* (août 2005) (par. 49, 50 et 55)
- *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239 (C.A.F.), reconnaissant les normes différentes qui s’appliquent aux États-Unis et au Canada quant au risque de persécution (par. 53, n° (a))
- *Executive Office of Immigration Review Statistical Yearbook 2005*, cité pour les statistiques sur les taux d’acceptation aux États-Unis (par. 53, n° (b))
- *Benslimane v. Gonzales*, 430 F.3d 828, 830 (7th Cir. 2005), cité relativement à la proposition selon laquelle le processus décisionnel administratif concernant les demandes d’asile aux États-Unis ne respectait pas les normes minimale de justice (par. 53, n° (e))
- *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (2 août 2005)
- *Bermudez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 286 (par. 56, n° (c))
- *Matter of S-B-*, 24 I&N Dec. 42 (BIA 2006), concernant la proposition selon laquelle la REAL ID Act (mai 2005) ne correspond pas aux normes adoptées précédemment au regard de la crédibilité (par. 63)
- Conclusions et recommandations du Comité contre la torture, Canada, 7 juillet 2005 (par. 76)
- Parlement européen, *Rapport intérimaire sur l’utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers 2006/2027* (INI) Final A6-9999/2006, juin 2006 (par. 79)
- Parry, Hohin T., « The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees », (2005) *Melbourne JIL* 516 (par. 79 et 86)

- 2006 *American Civil Liberties Union Documents* (para. 81)
- *Detainee Treatment Act of 2005* (para. 81)
- Title X: *Military Commissions Act*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (Oct. 17, 2006) (para. 81)

Respondents' affidants considered by the applications Judge

** All the affidavits seek to establish the state of U.S. law as of when they were filed—e.g. on or after December 29, 2005

Georgetown affidavits

- Covers the period from October 1999 to June 2005 (appellant's compendium, Tab 3, para. 19; most articles and case law covered relates to 2005, including the REAL ID Act)
- *Diaware v. Gonzales*, 2006 WL 37047 (S. Ct. Jan. 9, 2006); *Sukwanputra v. Gonzales*, 2006 U.S. App. Lexis 1178 (3rd Cir. January 19, 2006)
- *In re Budy Santoso*, A 79 494 698 at 1 (BIA, May 23, 2005) (footnote 31)

Karen Musalo, supplementary affidavit

- BIA decision in *Matter of Kasinga* (June 2006) (appellant's compendium)

Morton Sklar

- Refers to *Auguste v. Ridge*, 395 F.3d 123 (3rd Cir. 2005), for narrow conception of torture for purposes of intent analysis in U.S. law (para. 7)
- Nina Bernstein, "Deportation Case Focuses on Definition of Torture", *N.Y. Times*, March 11, 2005 (para. 9)
- REAL ID Act (May 2005)

- 2006 *American Civil Liberties Union Documents* (par. 81)
- *Detainee Treatment Act of 2005* (par. 81)
- Title X: *Military Commissions Act*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (17 oct. 2006) (par. 81)

Affidavits produits par les intimés qui ont été pris en compte par le juge de première instance

** Tous les affidavits visent à établir l'état du droit américain à la date de leur dépôt, p. ex. le 29 décembre 2005 ou après cette date.

Affidavits de Georgetown

- Portent sur la période allant d'octobre 1999 à juin 2005 (recueil de l'appelante, onglet 3, par. 19; la plupart des articles et des décisions judiciaires concernent l'année 2005, notamment la REAL ID Act)
- *Diaware v. Gonzales*, 2006 WL 37047 (S. Ct., 9 janvier 2006); *Sukwanputra v. Gonzales*, 2006 U.S. App. Lexis 1178 (3rd Cir., 19 janvier 2006)
- *In re Budy Santoso*, A 79 494 698, 1 (BIA, 23 mai 2005) (note 31)

Karen Musalo, affidavit supplémentaire

- Décision du BIA dans *Matter of Kasinga* (juin 2006) (recueil de l'appelante)

Morton Sklar

- Fait référence à *Auguste v. Ridge*, 395 F.3d 123 (3rd Cir. 2005), pour une conception étroite de la torture aux fins de l'analyse de l'objet de la loi américaine (par. 7)
- Nina Bernstein, « Deportation Case Focuses on Definition of Torture », *N.Y. Times*, 11 mars 2005 (par. 9)
- REAL ID Act (mai 2005)

Deborah Anker. (affidavit & supplementary affidavit)

- Bill Freelick, “US Detention of Asylum Seekers: What’s the Problem? What’s the solution?” 10 *Bender’s Immigration Bulletin* 564, p. 570 (April 1, 2005).
- Department of Homeland Security, *Homeland Secretary Michael Chertoff Announces Six-Point Agenda for Department of Homeland Security* (July 13, 2005) to support present lack of general counsel with jurisdiction over all aspects of asylum law and policy in the U.S.; Marcia Coyle, “A swamped DOJ farms out immigration cases; The Workload spread to other divisions and U.S. attorneys nationally” (*National Law Journal*, February 28, 2005); *Tomas v. Ashcroft*, 409 F.3d 1177 (9th Cir. 2005); Jonathan Nelson, “Staking the Pillars of Asylum Law”, 83 *Interpreters Releases* 1 (2006); Ralph Blumenthal, “Chinese Boy Asks for Stay of Deportation, Citing Fear”, *N.Y. Times*, June 7, 2005 (forced return) (para. 4)
- Border Protection, *Antiterrorism, and Illegal Immigration Control Act of 2005* (para. 5)
- Adam Liptak, “Courts Criticize Immigrations Judges’ Handling of Asylum Cases”, *N.Y. Times*, Dec. 26, 2005; *Pasha v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 28899, 1 (7th Cir. December 29, 2005) in support of jurisprudential problems (para 5)
- REAL ID Act, (May 2005) (para. 15)
- *Zhen Li Iao v. Gonzales*, 400 F.3d 530, 533-535 (7th Cir. 2005), dealing with challenges of establishing credibility (para. 20)
- *Kanchaeveli v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 11122 (3rd Cir. 2005) (para. 20)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005) (para. 26)
- See para. 28, footnote 61 for extensive references to case law in 2005 regarding discretionary nature of persecution analysis

Deborah Anker (affidavit et affidavit supplémentaire)

- Bill Freelick, « US Detention of Asylum Seekers: What’s the Problem? What’s the solution? » 10 *Bender’s Immigration Bulletin* 564, p. 570 (1^{er} avril 2005)
- Department of Homeland Security, *Homeland Secretary Michael Chertoff Announces Six-Point Agenda for Department of Homeland Security* (13 juillet 2005), étaie l’absence actuelle d’un avocat général chargé de tous les aspects du droit et de la politique en matière d’asile aux États-Unis; Marcia Coyle, « A swamped DOJ farms out immigration cases; The Workload spread to other divisions and U.S. attorneys nationally » (*National Law Journal*, 28 février 2005); *Tomas v. Ashcroft*, 409 F.3d 1177 (9th Cir. 2005); Jonathan Nelson, « Staking the Pillars of Asylum Law », 83 *Interpreters Releases* 1 (2006); Ralph Blumenthal, « Chinese Boy Asks for Stay of Deportation, Citing Fear », *N.Y. Times*, 7 juin 2005 (renvoi forcé) (par. 4)
- Border Protection, *Antiterrorism, and Illegal Immigration Control Act of 2005* (par. 5)
- Adam Liptak, « Courts Criticize Immigrations Judges’ Handling of Asylum Cases », *N.Y. Times*, 26 décembre 2005; *Pasha v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 28899, 1 (7th Cir., 29 décembre 2005), concernant les problèmes jurisprudentiels (par. 5)
- REAL ID Act (mai 2005) (par. 15)
- *Zhen Li Iao v. Gonzales*, 400 F.3d 530, 533-535 (7th Cir. 2005), portant sur la difficulté d’établir la crédibilité (par. 20)
- *Kanchaeveli v. Gonzales*, 2005 U.S. App. LEXIS 11122 (3rd Cir. 2005) (par. 20)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (1st Cir. 2005) (par. 26)
- Voir le par. 28, note 61, où sont mentionnées de nombreuses décisions judiciaires rendues en 2005 relativement à la nature discrétionnaire de l’analyse concernant la persécution

Eleanor Acer

- United States Commission on International Religious Freedom, *Report on Asylum Seekers in Expedited Removal* (February 2005) (paras. 3, 13)
- Bill Freelick, U.S. Detention of Asylum Seekers and Human Rights, March 1, 2005 (para. 8), for statistics on detention and 2006 President's fiscal budget, which includes a 19 percent increase for the Detention and Removal Office of Department of Homeland Security (para. 13)

Victoria Neilson

- REAL ID Act (May 2005) (para. 8)

Susan Akram

- REAL ID Act (para. 5)
- Susan Akram and Maritza Karmely, "Immigration and Constitutional Consequences of Post 9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is "lienage a Distinction without a Difference?" 38 *U.C. Davis L. Rev.* 609 (2005)

Evidence cited in appellant's supplementary memorandum of fact and law, countering the respondents' contention that the U.S. does not comply with the relevant articles of the Conventions, that post-dates the designation of the U.S. as a safe third country (appeal book, Vol. 1, at page 311 and following)

- Senate Report 109-273—Department of Homeland Security Appropriations Bill, 2007 (report issued June 29, 2006) (bill ultimately enacted as Pub. L. 109-295 (October 4, 2006) regarding immigration detentions) (para. 120)
- *Gao v. Gonzales*, C.A. 2nd Cir, Docket No. 04-1874-ag (March 3, 2006), recognizing that forced marriage in China is persecution (para. 131)

Eleanor Acer

- United States Commission on International Religious Freedom, *Report on Asylum Seekers in Expedited Removal* (février 2005) (par. 3 et 13)
- Bill Freelick, U.S. Detention of Asylum Seekers and Human Rights, 1^{er} mars 2005 (par. 8), pour des statistiques sur la détention et le budget fiscal de 2006 du président, qui prévoit une augmentation de 19 p. 100 pour le Detention and Removal Office du Department of Homeland Security (par. 13)

Victoria Neilson

- REAL ID Act (mai 2005) (par. 8)

Susan Akram

- REAL ID Act (par. 5)
- Susan Akram et Maritza Karmely, « Immigration and Constitutional Consequences of Post 9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is Alienage a Distinction without a Difference? », 38 *U.C. Davis L. Rev.* 609 (2005)

Éléments de preuve cités dans le mémoire supplémentaire des faits et du droit de l'appelante, afin de réfuter la prétention des intimés selon laquelle les États-Unis ne se conforment pas aux articles pertinents des Conventions, qui sont postérieurs à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 311 et suivantes)

- Senate Report 109-273—Department of Homeland Security Appropriations Bill, 2007 (rapport publié le 29 juin 2006) (le projet a été adopté en tant que Pub. L. 109-295 (4 octobre 2006), et concerne les détentions en matière d'immigration) (par. 120)
- *Gao v. Gonzales*, C.A. 2nd Cir, dossier : 04-1874-ag (3 mars 2006), qui reconnaît que les mariages forcés célébrés en Chine constituent de la persécution (par. 131)

- *Roozbahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1524; *Quevedo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1264; *P.K. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 103, for criticisms of Canada's administrative decision makers (para. 134)
- *Aslam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 189; *El Balazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 38, in support of the proposition that filing delay in Canada is a significant factor in the assessment of a claimant's well-founded fear of persecution if there is no justification for the delay (para. 167)
- *Herrera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1233; *Laszlo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 456; *Ortiz Juarez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 288; *Lubega v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2006 FC 303; *Sy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2005), 271 F.T.R. 242 (F.C.); *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 839; *Karanja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 574; *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1168; *Allafzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1173; *C.P.H. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 367; *Jara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 973, in support of the proposition that in Canada, the Immigration and Refugee Board, the Federal Court and Federal Court of Appeal have addressed in a similar, if not identical manner as in the U.S., the issues of credibility, documentary corroboration, nexus, persecution and gender persecution (para. 176).
- *Roozbahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1524; *Quevedo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1264; *P.K. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 103, pour des critiques des décideurs administratifs du Canada (par. 134)
- *Aslam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 189; *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38, appuie la proposition selon laquelle le retard concernant le dépôt au Canada sont un facteur important qui doit être pris en considération dans l'évaluation de la crainte fondée de persécution d'un demandeur s'ils ne sont pas justifiés (par. 167)
- *Herrera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1233; *Laszlo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 456; *Ortiz Juarez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 288; *Lubega c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 303; *Sy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 379; *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 839; *Karanja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 574; *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1168; *Allafzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1173; *C.P.H. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 367; *Jara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 973, au soutien de la proposition selon laquelle au Canada la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont traité les questions de crédibilité, de corroboration documentaire, de lien, de persécution et de persécution fondée sur le sexe d'une manière semblable, sinon identique, aux États-Unis (par. 176)

Appellant's affiants

David Martin

- REAL ID Act, May 11, 2005

Affidavits déposés par l'appelante

David Martin

- REAL ID Act, 11 mai 2005

- Principal U.S. Regulations Relevant to Asylum, Withholding and CAT protection, From Title 8, Code of Federal Regulations (2006) (appellant's compendium, Tab 8)
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, draft dated March 3, 2005 (appellant's compendium, Tab 10)
- *Immigration and Nationality Act of 1952*, as amended through July 24, 2006 (appellant's compendium, Tab 19)
- *In re A-H- Respondent*, decided January 26, 2005 (appellant's compendium, Tab 21)
- *Matter of S-K-, Respondent* (March 11, 2008) BIA Tab 25(c)
- *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law*, December 31, 2005 (appellant's compendium, Tab 32)—draws on case law up to December 31, 2005
- *Comprehensive statistics on U.S. Protection Decisions FY 2001-2005* (Martin affidavit, appeal book, Vol. 6, Tab A)
- *Detainee Treatment Act of 2005*, published December 30, 2005
- Supplementary affidavit, Exhibit U—unpublished BIA decisions reversing an immigration judge's determination regarding corroboration (2005)
- Supplementary affidavit, Exhibit V—unpublished BIA decisions reversing an immigration judge's determination in mixed motive cases (2005)
- Supplementary affidavit, Exhibit X—UNHCR, Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, Second Quarter, 2006
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, May 2006 (appeal book, p. 1665)
- Principaux règlements américains sur l'asile, le sursis et la protection contre la torture, titre 8 du Code of Federal Regulations (2006) (recueil de l'appelante, onglet 8)
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, ébauche datée du 3 mars 2005 (recueil de l'appelante, onglet 10)
- *Immigration and Nationality Act of 1952*, modifiée le 24 juillet 2006 (recueil de l'appelante, onglet 19)
- *In re A-H- Respondent*, décision rendue le 26 janvier 2005 (recueil de l'appelante, onglet 21)
- *Matter of S-K-, Respondent* (11 mars 2008), BIA, onglet 25(c)
- *La jurisprudence sur la définition de réfugié au sens de la Convention*, 31 décembre 2005 (recueil de l'appelante, onglet 32) — traite des décisions rendues jusqu'au 31 décembre 2005
- *Comprehensive statistics on U.S. Protection Decisions FY 2001-2005* (affidavit de M. Martin, dossier d'appel, vol. 6, onglet A)
- *Detainee Treatment Act of 2005*, publiée le 30 décembre 2005
- Affidavit supplémentaire, pièce U — décisions inédites du BIA infirmant la décision d'un juge de l'immigration sur la corroboration (2005)
- Affidavit supplémentaire, pièce V — décisions inédites du BIA infirmant la décision d'un juge de l'immigration dans des cas fondés sur différents motifs (2005)
- Affidavit supplémentaire, pièce X — HCR, Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries, deuxième trimestre, 2006
- Asylum Officer Basic Training Course Manual, mai 2006 (dossier d'appel, p. 1665)

Evidence referred to by the applications Judge post-dating the designation of the U.S. as a safe third country

Éléments de preuve mentionnés par le juge de première instance qui sont postérieurs à la désignation des États-Unis à titre de tiers pays sûr

The Safe Third Country Agreement was executed in 2002 and it was given effect by the promulgation of sections 159.1-159.7 of the Regulations, which were published on November 3, 2004, with an effective date of December 29, 2004.

L'Entente sur les tiers pays sûrs a été signée en 2002 et a été mise en œuvre par la prise des articles 159.1 à 159.7 du Règlement, lesquels ont été publiés le 3 novembre 2004 et sont entrés en vigueur le 29 décembre 2004.

(I) One-year time bar & withholding removal

- David Martin affidavit—2005 statistics (reasons, para. 147)
- *El Balazi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 38, for the proposition that Canadian judges have discretion to look at the reasons for the delay in determining whether it will be a factor (reasons, para. 156)
- Anker and Musalo anecdotal evidence—no date (reasons, para. 164)

(II) Categorical exceptions for criminality and terrorism

- *Re A.H.*, 23 I&N Dec 774 (A.G. 2005) January 26, 2005, whereby the Court concluded that it was clear that a person could be refouled if there was a potential belief that a person may pose a danger and interprets broadly the exclusions for terrorist activities (reasons, para. 174)
- *Matter of S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA June 8, 2006), affirms the fact that the intent to contribute to a terrorist organization is unnecessary to qualify as providing material support to terrorist activity (reasons, paras. 177, 178)
- *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (August 2, 2005), standing for the proposition that duress is not a defence (reasons, para. 180)
- *Kathirgamu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 300, lower bar in Canada for exclusions due to criminality (reasons, para. 189)

I) Interdiction d'un an et sursis du renvoi

- Affidavit de David Martin — statistiques de 2005 (motifs, par. 147)
- *El Balazi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 38, pour la proposition selon laquelle les juges canadiens ont le pouvoir discrétionnaire d'examiner les raisons du retard pour savoir si elles constituent ou non un facteur acceptable (motifs, par. 156)
- Éléments de preuve anecdotiques fournis par MM. Anker et Musalo — non datés (motifs, par. 164)

II) Exceptions dans les cas de criminalité et de terrorisme

- *Re A.H.*, 23 I&N Dec 774 (A.G. 2005) 26 janvier 2005, où le tribunal a conclu qu'il ne faisait aucun doute qu'une personne pouvait être refoulée s'il était possible de croire qu'elle pouvait constituer un danger et a interprété largement les exclusions visant les activités terroristes (motifs, par. 174)
- *Matter of S-K-*, 23 I&N Dec. 936 (BIA, 8 juin 2006), selon laquelle l'intention de contribuer à une organisation terroriste n'est pas nécessaire pour que l'on conclue à la fourniture d'un soutien matériel à une activité terroriste (motifs, par. 177 et 178)
- *Arias v. Ashcroft*, 143 Fed.Appx. 464 (2 août 2005), selon lequel la contrainte n'est pas un moyen de défense (motifs, par. 180)
- *Kathirgamu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 300, exclusions moins importantes au Canada en matière de criminalité (motifs, par. 189)

(III) Interpretation of term “persecution” and claims based on particular social group

- Department of Homeland Security briefs filed in *Matter RA*, February 2004 and February 22, 2005 (reasons, paras. 200-201) (from Musalo affidavit—although Phelan J. concludes insufficient citation to verify this)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (June 24, 2005), recognizing that persecution is not defined and held that it had to look to the Board of Immigration Appeal decisions to determine the true meaning (reasons, para. 210). This, however, does not support unreasonableness of the decision
- REAL ID Act, May 11, 2005 (reasons, para. 214)

(IV) Corroboration and credibility

- REAL ID Act, May 11, 2005 (reasons, para. 219)

(V) Torture under the CAT

- *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 1 (reasons, para. 243)
- *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., looseleaf (Toronto: Butterworths, 2006)
- Maher Arar Report, 2006 (reasons, para. 260)

NOTE

USA Patriot Act 115 Stat. 272 (October 26, 2001)—broadened the scope of the definition of “terrorist activities”, however, many of the Act’s provisions were to sunset beginning December 31, 2005, approximately 4 years after its passage. In addition, the Act has since been amended, the most recent amendments having passed Congress on March 2, 2006 and having been signed into law on March 9, 2006.

III) Interprétation du terme « persécution » et demandes fondées sur l’appartenance à un groupe social

- Mémoires déposés par le Department of Homeland Security dans *Matter RA*, février 2004 et 22 février 2005 (motifs, par. 200 et 201) (de l’affidavit de M^{me} Musalo — le juge Phelan a toutefois considéré que la citation était insuffisante)
- *Bocova v. Gonzales*, 412 F.3d 257 (24 juin 2005), où le tribunal a reconnu que la persécution n’est pas définie et a statué qu’il devait consulter les décisions du Board of Immigration Appeal afin d’en connaître le sens véritable (motifs, par. 210). Cela n’était pas cependant le caractère déraisonnable de la décision.
- REAL ID Act, 11 mai 2005 (motifs, par. 214)

IV) Corroboration et crédibilité

- REAL ID Act, 11 mai 2005 (motifs, par. 219)

V) Torture visée par la Convention contre la torture

- *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 1 (motifs, par. 243)
- *Immigration Law and Practice*, 2^e éd., feuilles mobiles (Toronto, Butterworths, 2006)
- Rapport concernant Maher Arar, 2006 (motifs, par. 260)

REMARQUE

USA Patriot Act, 115 Stat. 272 (26 octobre 2001) — élargit la définition d’[TRADUCTION] « activités terroristes ». Toutefois, un grand nombre de dispositions de cette loi devaient être abrogées à compter du 31 décembre 2005, environ quatre ans après son adoption. De plus, cette loi a été modifiée, les modifications les plus récentes ayant été adoptées par le Congrès le 2 mars 2006 et ayant force de loi depuis le 9 mars 2006.

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.**

ABORIGINAL PEOPLES

ELECTIONS

Application for judicial review and writ of *quo warranto* concerning respondents' right to hold office as band council of Nekaneet—Two separate elections, each according to different custom, creating two distinct councils—Applicants elected under new Referendum Band Custom (made up of *Nekaneet Constitution, Nekaneet Governance Act*)—Respondents, supporters boycotting process, holding own elections, organizing petition to undermine consensus reflected in referendum vote—Issue whether Referendum Band Custom adopted by, acceptable to, broad consensus of band and as such, replacing, Nekaneet customs under which respondents elected—Petition not indicator of consensus, not having value of will, understanding of people—Court having to look at political rather than legal legitimacy of consensus on band custom—Rules of governance at Nekaneet should be decided by First Nation as whole—Respondents guided by self-interest in *status quo*, whereas applicants' purpose to ascertain will of Nekaneet people—Referendum vote result of fair, open election—Sufficient information provided prior to vote, allowing consensus to emerge—Clear majority voting in favour of Referendum Band Custom—Writ of *quo warranto* granted.

PAHTAYKEN V. OAKES (T-999-08, 2009 FC 134, Russell J., judgment dated February 10, 2009, 42 pp.)

ARMED FORCES

Appeal from Prothonotary's dismissal of action for damages for breach of Charter rights, declaration of wrongful release, striking amended statement of claim on ground grievance process incomplete—Respondent, in denying applicant's assertion of facts, relying on affidavit, supporting evidence, outlining Canadian Armed Forces (CAF) grievance procedure, status of applicant's six grievances—Under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221(2), Court will not hear evidence on motion to strike under r. 221(1)(a)—However, application to strike pleading on basis cause of action beyond jurisdiction of Court may be supported by affidavit evidence—Court will also not refuse affidavit evidence showing essential allegation of claim false—No restriction on receiving affidavit evidence on motion based on other grounds set out in r. 221(1)—Affidavit admissible as exception to exclusion in r. 221(2) i.e. to support respondent's contentions that essential allegation of claim false or that action constituting abuse of process—Cases consistently holding CAF grievance procedure must be exhausted before turning to courts for redress—*Canada v. Bernath*, 2007 FCA 400, 290 D.L.R. (4th) 357 distinguished—*Manuge v. Canada*, [2009] 1 F.C.R. 416 not supporting proposition action for damages for breach of Charter rights could proceed without resorting to judicial review—Action premature—Appeal dismissed.

MOODIE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-1248-07, 2008 FC 1233, Mosley J., order dated November 6, 2008, 16 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

Judicial review of Immigration and Refugee Board (Board) decision refusing application to be deemed Convention refugee or person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97—Board ignoring evidence provided by expert report—Board considering only issue of military draft evasion—Initial reviewable error in failing to identify, address persecutory risks infecting analysis of state protection and failure to mention expert’s report—Expert having knowledge of situation in Montenegro, risks faced by applicant—Presumption Board considered all evidence before it rebutted by omission to mention expert evidence as to the state’s inability and unwillingness to protect applicant without providing explanation for omission—Failure to address risks identified by applicant, expert evidence contradicting Board’s own conclusion, unreasonable—Application allowed.

LECALIAJ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2124-08, 2009 FC 123, Russell J., judgment dated February 5, 2009, 21 pp.)

EXCLUSION AND REMOVAL

Judicial review of visa officer’s decision not to issue work permit on ground insufficient ties to motivate return to China—Officer’s brief notes to Computer Assisted Immigration Processing System (CAIPS) constituting reasons for refusal—Visa officer ignoring or failing to mention information indicating family members in China, employment offer on return to China—Officer filing affidavit asserting he reviewed all material and evidence before him—Minister cannot rely on affidavit as new evidence, to change, explain or add to refusal letter and CAIPS notes—Attempt by officer to pull himself up by the bootstraps where notes deficient or too summary—If knowledge of savings, finding applicants not having assets in China unreasonable, perverse—Application allowed.

HUANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3631-08, 2009 FC 135, Zinn J., judgment dated February 10, 2009, 9 pp.)

Judicial review of visa officer’s decision refusing application for permanent residence on basis that inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 40 due to misrepresentation—Respondent sending “fairness letter” stating applicant inadmissible under IRPA for using deceitful methods in performing medical examination, substituting chest x-rays, giving incorrect statements regarding medical tests—Applicant requesting copies of medical reports, x-rays—Respondent replying more than one year later, requiring applicant to make access to information request to obtain documents—Breach of duty to act fairly by failing to immediately provide alleged evidence against applicant and opportunity to respond—Application delayed needlessly—No access to information request necessary to obtain information relied upon in accusing applicant of misrepresentation—Application allowed—Respondent directed to provide applicant’s counsel with x-rays—Special reasons for awarding costs to applicant.

NATT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3714-08, 2009 FC 238, Kelen J., judgment dated March 4, 2009, 12 pp.)

Inadmissible Persons

Appeal from Federal Court decision ([2008] 4 F.C.R. 53) dismissing action for damages in respect of delay in processing applications for permanent residence and challenges to validity of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(f)—Substantial costs awarded to respondent—No palpable or overriding error in finding lack of connection between delay in processing application and damages claimed—Trial judge not erring in finding no infringement of appellants’ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7 rights—*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 correctly applied with respect to constitutional validity of IRPA—*Hill v. Hamilton–Wentworth Regional Police Service Board*, [2007] 3 S.C.R. 129 limited to context—No reviewable error in exercise of discretion with respect to costs.

HAI KHALIL V. CANADA (A-469-07, 2009 FCA 66, the Court, judgment dated March 6, 2009, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued*Removal of Refugees*

Judicial review of opinion of respondent's delegate pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 115(2)(a) that applicant danger to public in Canada, may be removed to Sri Lanka—Applicant, Sri Lankan, claiming refugee status in Canada because of fear of Liberation Tigers of Tamil Eelam—After being recognized as Convention refugee, convicted of several offences in Canada in 2003—Ordered deported after becoming subject of inadmissibility report on grounds of serious criminality, organized criminality—Respondent's delegate erring when determining applicant "danger to public"—Mere fact claimant committed serious offences simply bringing claimant into purview of IRPA, s. 115(2)—S. 115(2)(a) incorporating temporal dimension in so far as attempting to identify likelihood of present, future danger to public—Respondent's delegate not mentioning fact applicant not convicted, arrested since 2004—Delegate also erring in determining applicant not facing significant risk upon return to Sri Lanka—Failed to consider contrary documentary evidence regarding risk applicant would face by Sri Lankan security forces as person of interest for detention, mistreatment or torture—Application allowed.

KANAGASINGAM v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3116-08, 2009 FC 90, Pinard J., judgment dated January 29, 2009, 14 pp.)

Judicial review of decision of Immigration Division of Immigration and Refugee Board applicant inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(f), 35(1)(a), ordering applicant deported—Applicant, Pakistani, found to be member of Muttahida Quami Movement (MQM), complicit in committing crimes against humanity—MQM organization that engages in acts of terrorism within meaning of Act, s. 34(1)(f)—MQM not having limited brutal purpose, some activities not proscribed—Board considering applicant's position in organization, knowledge of organization's atrocities to determine complicity—Not distinguishing applicant's activities within MQM from legitimate activities, not linking those activities to involvement in proscribed participation in atrocities—Also not linking applicant's position in organization as active worker to commission of persecutorial crimes by MQM members—Not identifying any basis to advance applicant's knowledge of MQM atrocities beyond passive level to more aware degree of knowledge connoting approval, sharing of common purpose in persecutorial crimes by MQM—Board's analysis falling short of reasonable finding personal involvement or *mens rea* required for complicity in MQM crimes against humanity—Board's finding applicant complicit in crimes against humanity pursuant to Act, s. 35(1)(a) unreasonable—Application dismissed.

QURESHI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2460-08, 2009 FC 7, Mandamin J., judgment dated January 5, 2009, 18 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Enforcement Officer's decision denying request to defer applicant's removal until decision rendered on pre-removal risk assessment (PPRA) application—Late filing of PPRA application precluding automatic stay of removal pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 160 and following—Administrative delays attributable to applicant's counsel's office—Officer not considering case law of Court granting judicial review of decisions dismissing claims because of tardy filing, and rationale for staying removal pending PPRA determination, need of international protection—Application granted.

CHUKWUDEBE v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2377-08, 2009 FC 211, Harrington J., order dated February 27, 2009, 7 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Judicial review of decision by three members of Refugee Protection Division (RPD) denying applicants refugee status under *United Nations Convention relating to the Status of Refugees*—Only legality of panel’s constitution raised—Although pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 163, RDP hearings usually conducted by single member, three-member panel may be constituted—Under Immigration and Refugee Board policy “Designation of three-member panels—RPD Approach”, three-member panel may be designated for adjudication strategy, training purposes—Applicants unable to argue suffered real prejudice because claim heard by three-member panel—Nothing in Act or *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 suggesting intention to deviate from general principle concerning quasi-judicial tribunals that majority required where decision being made by panel of more than one person—Applicants’ evidentiary burden not changing depending on whether decision made by one member of three—Applicants precluded from relying on breach of principles of procedural fairness since issue not raised at RPD hearing—Application dismissed.

KERANDA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2753-08, 2009 FC 125, de Montigny J., order dated February 6, 2009, 10 pp.)

Costs—Applicant seeking costs with respect to application to sponsor husband—That application now moot as husband issued permanent resident visa—Under *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 22, special reasons must exist for Court to award costs on judicial review—Special reasons including situations where one party’s conduct may be characterized as unfair, oppressive, improper, in bad faith, or unnecessarily or unreasonably prolonging proceedings—Problems, delays emanating from Canadian High Commission (CHC) in Colombo—CHC not dealing with applicant’s personal information form in timely fashion, not making clear to husband police clearance certificate from Texas required—Applicant, husband cooperating, replying promptly to immigration requests when needed, making significant humanitarian pleas but to no avail—Although no evidence of bad faith, CHC causing unreasonable delays making numerous unexplained errors—Application allowed as to costs.

MANIVANNAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2353-08, 2008 FC 1392, Russell J., judgment dated December 17, 2008, 22 pp.)

Application under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 87 for non-disclosure of information considered, relied upon by visa officer in determining applicant inadmissible to Canada on security grounds; judicial review of visa officer’s rejection of application for permanent resident status from abroad—Visa officer’s concerns about inadmissibility on security grounds related to applicant’s involvement with Liberation Tigers of Tamil Eelam—Disclosure of redacted information in certified tribunal record (CTR) injurious to national security or safety—Because applicant not even living in Canada, liberty, security interests not threatened by limiting disclosure of information—Also, clear from CTR only small portion of information redacted, that applicant aware of majority of information officer relying on—Application dismissed.

RAJADURAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4749-07, 2009 FC 119, de Montigny J., order dated February 4, 2009, 18 pp.)

Appeal from Federal Court decision ([2009] 1 F.C.R. 675) dismissing applications for judicial review of enforcement officer’s decision under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 44(1) to prepare inadmissibility report on grounds of serious criminality, and Minister’s delegate’s decision under s. 44(2) to refer report to Immigration Division for admissibility hearing—Certified question, whether greater duty of fairness required of immigration officers preparing Act, s. 44(1) report and Minister referring report when dealing with persons in custody, not answered as not necessary for disposition of appeal—Question too vague, answer would be fact-driven—No reviewable error in applications Judge’s findings—Appeal dismissed.

RICHTER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-387-08, 2009 FCA 73, Trudel J.A., judgment dated March 10, 2009, 4 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from citizenship judge's rejection of application to register, retain Canadian citizenship (application); refusal to recommend granting of citizenship to alleviate special, unusual hardship pursuant to *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(4)—Applicant losing Canadian citizenship after filing application past statutory deadline—Respondent consenting to have matter of recommendation under s. 5(4) redetermined by different citizenship judge—Court nevertheless making following comments—Applicant providing virtually no evidence to warrant recommendation under Act, s. 5(4)—Failure due almost entirely to lack of indication in form provided by respondent that such recommendation possible, evidence supporting recommendation be submitted—While applicants presumed to know law, requirements thereof, fairness suggesting forms provided by respondent to persons applying to retain citizenship should indicate possibility of recommendation under s. 5(4) if application rejected—Alternatively, when application rejected because filed late, out of fairness, citizenship judge could advise applicant of potential for reinstatement of citizenship under s. 5(4), give applicant opportunity to submit information citizenship judge can weigh in deciding whether to make recommendation—Appeal allowed.

BANMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-507-08, 2008 FC 1340, Zinn J., judgment dated December 1, 2008, 7 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision excluding son from father's application for permanent residence on basis not meeting definition of "dependent child" in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), s. 2—Breach of procedural fairness—Definition of "dependent child" referring to flexible concepts—Lack of statutory definitions for key expressions—Operational Manual providing guidance on questions examined by visa officer in decision making available on Citizenship and Immigration Canada's Web site—Reasonable to infer applicants having legitimate expectations would be informed of officer's concerns, given opportunity to respond thereto, and to provide additional information prior to final determination of ineligibility—No obligation on officer to provide running account of concerns, but should provide opportunity to comment when conclusions based on officer's interpretation of documentary evidence—Lack of adequate reasons for rejecting application also vitiating decision—Application granted.

YAO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3675-08, 2009 FC 114, Gauthier J., judgment dated February 3, 2009, 14 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Life, Liberty and Security

Judicial review of respondents' decision refusing to disclose records of interviews conducted by Canadian officials in Guantanamo Bay, information given to U.S. authorities as consequence of interviews—Applicants seeking order pursuant 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. 24(1) directing respondents to provide them with complete disclosure of records—Extra-territorial application of Charter possible where Canada's participation in foreign process bringing Canada into violation of obligations under international law—However, that extra-territorial reach exceptional, limited by principles of sovereignty, judicial comity—For s. 7 rights to apply, circumstances having to connect applicant with Canada, either by virtue of presence in Canada, criminal trial in Canada, Canadian citizenship—Applicants not Canadian citizens, failing to establish required connection to Canada—Applications dismissed.

SLAHI V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (T-1477-08, 2009 FC 160, Blanchard J., judgment dated February 16, 2009, 21 pp.)

FOREIGN TRADE

Judicial review of Canadian International Trade Tribunal's decision denying motion to dismiss complaint relating to contract for supply, service, maintenance of military vehicles on ground Tribunal lacking jurisdiction to hear complaint—Whether contract awarded to respondent Murray Chevrolet Cadillac Medicine Hat constituting designated contract—Only government institutions may award such contracts—Tribunal lacking jurisdiction to hear complaint unless entity that awarded contract government institution—Contract at issue awarded by Department of National Defence (DND) in its capacity as agent for British Army Training Unit Suffield (BATUS)—Where agency relationship existing, procurement actions of agent, including awarding of contract, principal's actions, not agent's—Since BATUS not government institution, contract herein not designated contract—Tribunal not having jurisdiction to hear complaint—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DAVIS PONTIAC BUICK GMC (MEDICINE HAT) LTD. (A-102-08, 2008 FCA 378, Ryer J.A., judgment dated November 27, 2008, 7 pp.)

INCOME TAX

RECOVERY

Judicial review of M.N.R. decision deducting 30% of appellant's monthly retirement, income supplement benefits to apply to tax arrears under *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th supp.), c.1, s. 224.1—Appellant submitting Parliament incorporated Quebec compensation principles into s. 224.1, these principles not applying here—S. 224.1 giving Minister discretion to require less than 100% of amount by way of compensation—Thus, clearly Parliament not having intention to make all compensation clauses of *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 applicable—Act designed to generate revenue—Involuntary enforcement procedure in s. 224.1 not giving tax debtor method to avoid seizure—Application dismissed.

BOUCHARD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-959-08, 2009 FC 249, Harrington J., judgment dated March 10, 2009, 10 pp.)

INCOME CALCULATION

Appeals from three decisions of Tax Court of Canada (2008 TCC 106) confirming assessments made by M.N.R. under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Whether Act, s. 10(1) authorized appellants to compute their income in manner inconsistent with Generally Accepted Accounting Principles (GAAP)—Relying on Act, s. 10, requiring inventory be valued at lower of cost or fair market value, appellants reporting income on basis of billed rather than earned income, contrary to GAAP applicable under s. 9—Supreme Court of Canada already holding, in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, s. 10(1) mandatory provision ruling out general application of s. 9 for valuation of business inventory—Appeals allowed.

CDSL CANADA LTD. v. CANADA (A-122-08, A-123-08, A-121-08, 2008 FCA 400, Noël J.A., judgment dated December 15, 2008, 17 pp.)

PATENTS

Motion by Novopharm for order declaring *Regulations Amending the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/2008-211, ss. 2, 3, 4 *ultra vires* and of no force and effect, dismissing application for prohibition order pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6(5)(a)—Requested relief not summarily available—In any event, Court having discretion to decline ruling upon validity of impugned regulatory provisions—Declaration of invalidity can only be granted by final judgment, not by order made in the course of summary motion to dismiss application—Motion constituting attempt to circumvent obligation to serve and file application for judicial review—Because of Court's limited jurisdiction and powers, summary nature of proceeding, public interest, complexity of matters raised preliminarily, balance of convenience and availability of better suited recourse, not in best interest of justice that final ruling be made—Impugned regulatory provisions presumed valid—Motion dismissed.

ELI LILLY CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (T-703-08, 2008 FC 1221, Martineau J., judgment dated November 3, 2008, 18 pp.)

PATENTS—Concluded**INFRINGEMENT**

Action claiming infringement of Canadian Patents No. 2169670, No. 2273148, seeking permanent injunction, damages, punitive and exemplary damages—Counterclaim seeking invalidity of patents, related disclaimers—Disclaimer under *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 48(1) allowing patentee to amend patent to claim less than that which claimed in original patent when certain mistakes made, i.e. original claim too broad—Disclaimer act of renunciation of subject matter—Cannot broaden claims or recast invention—Not substitute to reissue mechanism of Act, s. 47—Onus of showing mistake, accident or inadvertence on patentee—Public disclosure function of patents, general duty of good faith requiring disclaimer be filed promptly, diligently when patentee becoming aware of mistake—Validity of disclaimer depending on patentee’s state of mind (good faith, no improper purpose)—Here, patentee not specifying which elements of claim too broad, substantially amending original claim, adding new inventive elements, absence of *bona fide* mistake—Disclaimers invalid—Since admission by patentee that original claims too broad, patents also invalid—Action dismissed, counterclaim allowed.

HERSHKOVITZ V. TYCO SAFETY PRODUCTS CANADA LTD. (T-426-04, 2009 FC 256, Martineau J., judgment dated March 12, 2009, 115 pp.)

PRACTICE**VARIATION OF TIME**

Motion for order confirming timely filing of notice of appeal from Tax Court of Canada judgment or for extension of time—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(2)(b) establishing appeal from final judgment must be brought within 30 days after judgment pronounced—Act not defining word “pronouncement” but normally referring to when registry signing, recording judgment—This interpretation should be adopted for Tax Court of Canada judgments given consistency with *Tax Court of Canada Rules (General Procedure Rules)*, SOR/90-688a, s. 167 regarding pronouncements, entry of judgments—Although s. 167 not stipulating time within which signed judgment should be deposited, entered, immediate occurrence of these steps implied—While judgment herein signed August 29, 2008, no evidence when deposited, entered in registry—Therefore, judgment presumed deposited, entered same date as signed—Fact appellant receiving copy of judgment only on September 10, 2008 irrelevant—For purposes of determining appeal deadline under Act, s. 27(2)(b), date on which judgment mailed, received irrelevant, as is fact parties may have received copies thereof at different times—Notice of appeal thus filed outside time permitted—However, motion for extension granted given reasonableness of explanation for delay.

CANADA TRUSTCO MORTGAGE COMPANY V. CANADA (A-511-08, 2008 FCA 382, Sharlow J.A., order dated December 4, 2008, 7 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Grievances—judicial review of decision denying applicants’ grievances challenging appointment without competition of respondent as Team Leader at tax services office of Canada Revenue Agency (Agency)—*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 208(2) precluding applicants from presenting grievances if another recourse available under any Act of Parliament—Here, recourse available under Staffing Program implemented by Agency pursuant to *Canada Revenue Agency Act*, S.C. 1999, c. 17, s. 54—That Program complete code governing staff recourses for Agency’s employees—Parliament intending to provide Agency with exclusive authority to create regime to deal with all staffing matters—Applicants had to file application for judicial review rather than grievance to challenge appointment—Application dismissed.

JOHAL V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-540-08, 2008 FC 1397, Frenette J., judgment dated December 18, 2008, 13 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

Requête de Novopharm sollicitant une ordonnance déclarant les art. 2, 3 et 4 du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/2008-211, *ultra vires* et inopérants et rejetant la demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction en application de l'art. 6(5)a) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133—La mesure de redressement demandée n'est pas offerte par voie sommaire—Quoi qu'il en soit, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser de statuer sur la validité des dispositions réglementaires contestées—Une déclaration d'invalidité ne peut être prononcée que dans le cadre d'un jugement définitif, pas au moyen d'une ordonnance rendue dans le cadre d'une requête sommaire visant à faire rejeter une demande—La requête en l'espèce est une tentative pour contourner l'obligation de signification et de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire—Compte tenu de la compétence et des pouvoirs limités de la Cour, de la nature sommaire de l'instance, de l'intérêt public, de la complexité des questions soulevées de façon préliminaire, de la prépondérance des inconvénients et de la disponibilité d'un recours mieux adapté, il n'est pas dans l'intérêt supérieur de la justice de rendre un jugement définitif—Les dispositions réglementaires contestées sont réputées être valides—Requête rejetée.

ELI LILLY CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-703-08, 2008 CF 1221, juge Martineau, jugement en date du 3 novembre 2008, 18 p.)

CONTREFAÇON

Action par laquelle on alléguait la contrefaçon des brevets canadiens n° 2169670 et n° 2273148 et sollicitait une injonction permanente, des dommages-intérêts ainsi que des dommages-intérêts punitifs—La demande reconventionnelle visait à faire invalider les brevets et les renonciations connexes—L'acte de renonciation prévu à l'art. 48(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, permet au breveté de modifier le brevet pour réduire la portée des revendications comprises dans le brevet original lorsque certaines erreurs sont commises, c.-à-d. lorsque la revendication originale est trop vaste—La renonciation vise l'objet de la revendication—Elle ne peut étendre la portée des revendications ni redéfinir l'invention—Elle ne remplace pas le mécanisme de redélivrance prévu à l'art. 47 de la *Loi*—Il incombe au breveté d'établir qu'il y a eu une erreur, un accident ou une inadvertance—La fonction de divulgation publique rattachée aux brevets et l'obligation générale de bonne foi exigent que la renonciation soit déposée sans délai et avec diligence lorsque le breveté a connaissance de l'erreur—La validité de la renonciation est tributaire de l'état d'esprit du breveté (bonne foi, aucun but illégitime)—En l'espèce, le breveté n'a pas précisé quels éléments de la revendication avaient une portée trop vaste, il a considérablement modifié la revendication originale, et il a ajouté de nouveaux éléments inventifs—Il n'était pas question ici d'une erreur de bonne foi—Les renonciations sont invalides—Comme le breveté a admis que les revendications originales avaient une portée trop vaste, les brevets sont aussi invalides—Action rejetée, demande reconventionnelle accueillie.

HERSHKOVITZ C. TYCO SAFETY PRODUCTS CANADA LTD. (T-426-04, 2009 CF 256, juge Martineau, jugement en date du 12 mars 2009, 115 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) rejetant la demande du demandeur pour que lui soit reconnue la qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger au titre des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La Commission a omis de prendre en considération la preuve fournie par le rapport d'expert—La Commission n'a tenu compte que de l'insoumission—La première erreur révisable est l'omission d'identifier et d'analyser les risques de persécution, erreur qui se répercute dans l'analyse de la protection accordée par l'État et l'omission de faire référence au rapport d'expert—L'expert possédait des connaissances sur la situation au Monténégro et sur les risques auxquels le demandeur est exposé—La présomption selon laquelle la Commission a tenu compte de toute la preuve mise à sa disposition a été réfutée par son omission de faire allusion à la preuve d'expert sur l'incapacité de l'État à protéger le demandeur sans fournir d'explication pour justifier ce silence—L'omission, par la Commission, d'analyser les risques relevés par le demandeur et la preuve d'expert qui contredit ses propres conclusions est déraisonnable—Demande accueillie.

LECALIAJ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2124-08, 2009 CF 123, juge Russell, jugement en date du 5 février 2009, 21 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas de ne pas accorder de permis de travail au motif que les demandeurs n'avaient pas assez de liens avec la Chine pour les inciter à y retourner—Les courtes notes de l'agent versées au Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration (STIDI) constituent les motifs du refus—L'agent des visas a fait abstraction des renseignements sur les membres de la famille en Chine et de l'offre d'emploi qui attendait le demandeur en Chine ou n'a pas fait référence à ces renseignements—L'agent a déposé un affidavit dans lequel il a affirmé avoir examiné tous les documents et éléments de preuve mis à sa disposition—Le ministre ne peut pas invoquer l'affidavit à titre de nouvel élément de preuve pour modifier, expliquer ou étoffer la lettre de refus et les notes versées au STIDI—L'affidavit était une tentative de l'agent de compenser pour ses notes incomplètes ou trop brèves—S'il avait connaissance des épargnes, la conclusion portant que les demandeurs n'avaient pas d'actif en Chine était déraisonnable et inique—Demande accueillie.

HUANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3631-08, 2009 CF 135, juge Zinn, jugement en date du 10 février 2009, 9 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas refusant la demande de résidence permanente au motif que le demandeur était interdit de territoire pour fausses déclarations en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), L.C. 2001, ch. 27—Le défendeur a transmis une « lettre relative à l'équité » dans laquelle il a précisé que le demandeur était interdit de territoire en vertu de la LIPR parce qu'il a utilisé des moyens trompeurs pour effectuer l'examen médical, a remplacé les radiographies pulmonaires et a fourni des déclarations erronées quant aux examens médicaux—Le demandeur a demandé des copies des rapports médicaux et des radiographies—Le défendeur a répondu plus d'un an plus tard, exigeant que le demandeur présente une demande d'accès à l'information pour obtenir les documents—Manquement au devoir d'agir équitablement en ne fournissant pas sans délai la prétendue preuve contre le demandeur et en ne lui donnant pas l'occasion d'y répondre—La demande a été retardée inutilement—Aucune demande d'accès à l'information n'est nécessaire pour obtenir des renseignements invoqués pour accuser le demandeur d'avoir fait de fausses déclarations—Demande accueillie—Le défendeur a reçu l'ordre de remettre les radiographies à l'avocat du demandeur—Motifs spéciaux justifiant l'adjudication des dépens au demandeur.

NATT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3714-08, 2009 CF 238, juge Kelen, jugement en date du 4 mars 2009, 12 p.)

Personnes interdites de territoire

Appel de la décision ([2008] 4 R.C.F. 53) de la Cour fédérale rejetant la poursuite en dommages-intérêts pour retard dans le traitement des demandes de résidence permanente et les contestations de la validité de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration*

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

et la protection des réfugiés (LIPR), L.C. 2001, ch. 27—Adjudication de dépens substantiels à l'intimée—Aucune erreur manifeste ou dominante dans la conclusion portant qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le retard dans le traitement de la demande et les dommages-intérêts demandés—La juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits des appelants garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—Application juste de l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 quant à la validité constitutionnelle de la LIPR—L'arrêt *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, [2007] 3 R.C.S. 129 est limité au contexte—En ce qui concerne les dépens, aucune erreur susceptible de révision n'a été commise.

HAI KHALIL C. CANADA (A-469-07, 2009 CAF 66, la Cour, jugement en date du 6 mars 2009, 8 p.)

Renvoi de réfugiés

Contrôle judiciaire d'un avis du représentant du défendeur émis en application de l'art. 115(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), L.C. 2001, ch. 27, selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public au Canada et qu'il peut donc être renvoyé au Sri Lanka—Le demandeur, un Sri Lankais, a demandé l'asile au Canada parce qu'il craint les Tigres de libération de l'Eelam tamoul—Après s'être vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention, il a été déclaré coupable de nombreuses infractions au Canada en 2003—Une mesure d'expulsion a été prise contre lui après avoir fait l'objet d'un rapport d'interdiction de territoire pour grande criminalité et criminalité organisée—Le représentant du défendeur a commis une erreur lorsqu'il a conclu que le demandeur constituait un « danger pour le public »—Le simple fait qu'un demandeur a commis une infraction grave le fait seulement entrer dans le champ d'application de l'art. 115(2) de la LIPR—L'art. 115(2)a) contient une dimension temporelle en ce que cette disposition traite de la tentative de mesurer la possibilité d'un danger présent et futur pour le public—Le représentant du demandeur n'a pas mentionné le fait que le demandeur n'a eu aucune déclaration de culpabilité ni aucune arrestation depuis 2004—En outre, le représentant a commis une erreur dans sa conclusion selon laquelle le demandeur ne serait pas exposé à un véritable risque à son retour au Sri Lanka—Il n'a pas pris en compte la preuve documentaire contraire quant au risque auquel le demandeur serait exposé de la part des forces de sécurité du gouvernement du Sri Lanka en tant que personne qu'elles voudraient détenir, maltraiter ou torturer—Demande accueillie.

KANAGASINGAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3116-08, 2009 CF 90, juge Pinard, jugement en date du 29 janvier 2009, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déclaré que le demandeur était interdit de territoire en application des art. 34(1)f) et 35(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et a pris une mesure d'expulsion contre lui—Il a été statué que le demandeur, un Pakistanais, était membre du Mouvement Muttahida Quami (MQM), complice dans la commission de crimes contre l'humanité—Le MQM est une organisation qui est l'auteur d'actes de terrorisme au sens de l'art. 34(1)f) de la Loi—Le MQM n'a pas des fins limitées et brutales; certaines de ses activités ne sont pas interdites—La Commission a tenu compte du poste du demandeur au sein de l'organisation et de sa connaissance des atrocités commises par l'organisation pour établir s'il en était complice—Elle n'a pas opéré de distinction entre les activités du demandeur au sein du MQM et les activités légitimes et n'a pas établi de lien entre ces activités et l'association à la participation interdite aux atrocités—De même, elle n'a pas fait de lien entre le poste du demandeur au sein de l'organisation à titre de travailleur actif et la perpétration de crimes de persécution par des membres du MQM—Elle n'a pas établi de fondement pour faire passer le niveau de connaissances qu'avait le demandeur des atrocités commises par le MQM au-delà d'un niveau passif à un niveau plus avancé constituant une approbation et le partage d'un but commun dans les crimes de persécution du MQM—L'analyse de la Commission ne réussissait pas à établir une participation personnelle ou l'intention coupable requise pour être complice des crimes contre l'humanité du MQM—La conclusion de la Commission portant que le demandeur a été complice de crimes contre l'humanité conformément à l'art. 35(1)a) de la Loi était déraisonnable—Demande rejetée.

QURESHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2460-08, 2009 CF 7, juge Mandamin, jugement en date du 5 janvier 2009, 18 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi de la demanderesse jusqu'au prononcé de la décision quant à la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR)—Le dépôt tardif de la demande d'ERAR empêche la demanderesse de bénéficier d'office du sursis à l'exécution de la mesure de renvoi en vertu des art. 160 et suivants du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Les délais administratifs étaient attribuables au bureau du conseil de la demanderesse—L'agent n'a pas pris en considération la jurisprudence de la Cour accueillant les demandes de contrôle judiciaire de décisions rejetant des demandes en raison d'un dépôt tardif, ni le motif justifiant de surseoir à la mesure de renvoi, en attendant le prononcé de la décision relative à la demande d'ERAR, qui était la nécessité d'obtenir la protection internationale—Demande accueillie.

CHUKWUDEBE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2377-08, 2009 CF 211, juge Harrington, ordonnance en date du 27 février 2009, 7 p.)

Contrôle judiciaire de la décision rendue par trois membres de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle les demanderesses n'étaient pas des réfugiées au sens de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—Seule la légalité de la constitution du tribunal a été soulevée—Quoiqu'en vertu de l'art. 163 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, les audiences devant la SPR se tiennent normalement en présence d'un seul commissaire, un banc de trois commissaires peut cependant être constitué—Selon une politique de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié intitulée « Constitution de tribunaux de trois commissaires – Approche de la SPR », un tribunal de trois membres pourra être constitué pour fins de stratégie décisionnelle ou de formation—Les demanderesses ne pouvaient prétendre avoir subi un préjudice réel du fait que leur revendication a été entendue par un tribunal composé de trois commissaires—Rien dans la Loi ni dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 ne permet de croire qu'on ait voulu déroger au principe général relativement aux tribunaux quasi-judiciaires voulant que la majorité est requise lorsqu'une décision est prise par un banc composé de plus d'une personne—Le fardeau de preuve des revendicateurs ne change pas selon que la décision soit prise par un seul ou par trois commissaires—Les demanderesses étaient forcloses d'invoquer une atteinte aux principes d'équité procédurale puisque cette question n'avait pas été soulevée devant la SPR lors de l'audience—Demande rejetée.

KERANDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2753-08, 2009 CF 125, juge de Montigny, ordonnance en date du 6 février 2009, 10 p.)

Dépens—La demanderesse sollicitait les dépens à l'égard de la demande de parrainage de son mari—Cette demande est maintenant sans objet, un visa de résident permanent ayant été délivré au mari—Suivant la règle 22 des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, il doit y avoir des raisons spéciales pour que la Cour adjuge des dépens dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Peuvent constituer des raisons spéciales une situation où une partie agit de mauvaise foi ou d'une manière qui peut être qualifiée d'inéquitable, d'oppressive ou d'inappropriée ainsi qu'une conduite qui prolonge inutilement ou de façon déraisonnable l'instance—Les problèmes et les retards ont été causés par le Haut-commissariat du Canada (HCC) à Colombo—Le HCC n'a pas donné suite au formulaire de renseignements personnels de la demanderesse en temps opportun et n'a pas clairement laissé savoir à l'époux qu'il devait fournir une attestation de vérification de casier judiciaire délivrée par le Texas—La demanderesse et son époux ont coopéré et répondu promptement aux demandes d'immigration et ont soulevé des considérations d'ordre humanitaire qui n'ont pas été prises en compte—Même s'il n'y a pas de preuve de mauvaise foi, le HCC a causé des retards déraisonnables en faisant de nombreuses erreurs inexplicables—Demande accueillie quant aux dépens.

MANIVANNAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2353-08, 2008 CF 1392, juge Russell, jugement en date du 17 décembre 2008, 22 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande prévue à l'art. 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, pour faire interdire la divulgation de renseignements dont l'agent des visas avait tenu compte pour conclure que le demandeur était interdit au Canada pour raison de sécurité; contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente présentée à l'étranger—Les préoccupations de l'agent des visas quant à l'interdiction de territoire pour raison de sécurité avaient trait à l'association du demandeur avec les Tigres de libération de l'Eelam tamoul—La divulgation des renseignements supprimés du dossier certifié du Tribunal (DCT) pourrait porter atteinte à la sécurité nationale—Comme le demandeur ne vit même pas au Canada, la restriction de la divulgation ne compromet ni sa liberté ni sa sécurité—En outre, il était manifeste à l'examen du DCT que seuls quelques passages ont été supprimés et que le demandeur était donc au courant de presque tous les renseignements ayant fondé la décision de l'agent—Demande rejetée.

RAJADURAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4749-07, 2009 CF 119, juge de Montigny, ordonnance en date du 4 février 2009, 18 p.)

Appel de la décision ([2009] 1 R.C.F. 675) de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'exécution d'établir, en vertu de l'art. 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, un rapport d'interdiction de territoire pour grande criminalité et de la décision du représentant du ministre de déférer, en vertu de l'art. 44(2), l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête—La question certifiée soumise pour établir si les agents d'immigration qui établissent le rapport prévu à l'art. 44(1) de la Loi, et le ministre qui défère l'affaire, sont tenus à un devoir plus important d'agir équitablement lorsqu'ils ont affaire à des personnes sous garde n'a pas été tranchée parce qu'elle n'est pas nécessaire pour rendre une décision en l'espèce—La question était trop vague, et la réponse serait guidée par les faits—Les conclusions du juge de première instance ne contiennent pas d'erreur susceptible de révision—Appel rejeté.

RICHTER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-387-08, 2009 CAF 73, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 10 mars 2009, 4 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande d'enregistrement et de conservation de la citoyenneté canadienne (la demande) et a refusé de recommander au ministre d'attribuer la citoyenneté pour remédier à une situation particulière et inhabituelle de détresse en application de l'art. 5(4) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29—Le demandeur a perdu sa citoyenneté canadienne après avoir déposé sa demande hors délai—Le défendeur a consenti à faire renvoyer la question de la recommandation en vertu de l'art. s. 5(4) pour faire l'objet d'une décision par un autre juge de la citoyenneté—La Cour a néanmoins fait les commentaires suivants—Le demandeur n'a produit pour ainsi dire presque aucun élément de preuve justifiant une recommandation en vertu de l'art. 5(4) de la Loi—Cette omission était presque entièrement attribuable à l'absence de renseignements sur le formulaire du défendeur indiquant qu'une telle recommandation est possible ou que des éléments de preuve étayant cette recommandation peuvent être déposés—Bien que les demandeurs soient présumés ne pas ignorer la loi et ses exigences, l'équité exige que les formulaires du défendeur destinés aux personnes qui soumettent une demande pour conserver leur citoyenneté précisent qu'une recommandation peut être obtenue en vertu de l'art. 5(4) si la demande est rejetée—Subsidiairement, lorsque la demande est rejetée en raison d'un dépôt hors délai, le juge de la citoyenneté devrait, par équité, aviser le demandeur de la possibilité de rétablissement de la citoyenneté conformément à l'art. 5(4) et lui donner la chance de produire des renseignements que le juge de la citoyenneté peut pondérer lorsqu'il décide de formuler ou non une recommandation—Appel accueilli.

BANMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-507-08, 2008 CF 1340, juge Zinn, jugement en date du 1^{er} décembre 2008, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas d'exclure le fils de la demande de résidence permanente de son père au motif qu'il ne satisfait pas à la définition d'« enfant à charge » énoncée à l'art. 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement)—Manquement à l'équité procédurale—La définition d'« enfant à charge » fait référence à des notions souples—Absence de définitions données dans la loi quant à des expressions clés—Le Guide opérationnel prévoyant des lignes directrices sur les questions prises en compte par l'agente des visas dans le cadre du processus décisionnel se trouve sur le site web de Citoyenneté et Immigration Canada—Il est raisonnable de déduire que les demandeurs avaient l'attente légitime qu'ils seraient avisés des préoccupations de l'agente et qu'ils auraient la chance d'y donner suite et de fournir des renseignements supplémentaires avant le prononcé de la décision finale quant à l'interdiction de territoire—L'agente n'est pas tenue de communiquer toutes ses préoccupations, mais elle devrait donner la chance aux demandeurs de formuler des commentaires lorsque les conclusions reposent sur son interprétation de la preuve documentaire—L'absence de motifs suffisants pour rejeter la demande vicie également la décision—Demande accueillie.

YAO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3675-08, 2009 CF 114, juge Gauthier, jugement en date du 3 février 2009, 14 p.)

COMMERCE EXTÉRIEUR

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur a rejeté une requête sollicitant le rejet d'une plainte sur un contrat relatif à un marché de fourniture, d'entretien et de maintenance de véhicules militaires au motif que le Tribunal n'avait pas compétence pour l'instruire—Il s'agissait de savoir si le contrat accordé à la défenderesse Murray Chevrolet Cadillac Medicine Hat était un contrat spécifique—Seules des institutions fédérales peuvent accorder de tels contrats—Le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur la plainte, à moins que l'entité qui l'a accordé ne soit une institution fédérale—Le contrat en cause a été accordé par le ministère de la Défense nationale (MDN) en sa qualité de mandataire de l'Unité d'entraînement de l'Armée britannique Suffield (BATUS)—Lorsqu'il existe une relation de mandant et mandataire, les mesures d'approvisionnement prises par le mandataire, y compris l'adjudication du contrat, constituent des mesures prises par le mandant, non par le mandataire—Comme BATUS n'est pas une institution fédérale, le contrat en l'espèce n'était pas un contrat spécifique—Le Tribunal n'avait pas compétence pour instruire la plainte—Demande accueillie.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. DAVIS PONTIAC BUICK GMC (MEDICINE HAT) LTD. (A-102-08, 2008 CAF 378, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 27 novembre 2008, 7 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Vie, liberté et sécurité

Contrôle judiciaire de la décision des défendeurs de refuser la divulgation des dossiers des entrevues tenues par les fonctionnaires canadiens à Guantanamo Bay et des dossiers des renseignements remis aux autorités américaines en conséquence des entrevues—Les demandeurs sollicitaient la délivrance, en vertu de l'art. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], d'une ordonnance enjoignant aux défendeurs de leur transmettre intégralement les dossiers—L'application extraterritoriale de la Charte est possible lorsque la participation du Canada à un processus étranger fait en sorte que le Canada viole ses obligations internationales—Cependant, ce n'est que dans des cas exceptionnels et bien précis que la Charte a une application extraterritoriale, comme l'exige le respect des principes de la souveraineté et de la courtoisie judiciaire—Pour que les droits garantis par l'art. 7 s'appliquent, les circonstances doivent lier le revendicateur au Canada, que ce soit du fait de sa présence au Canada, d'un procès criminel au Canada ou de la citoyenneté canadienne—Les demandeurs ne sont pas citoyens canadiens et ils n'ont pas réussi à établir le lien exigé avec le Canada—Demandes rejetées.

SLAHI C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (T-1477-08, 2009 CF 160, juge Blanchard, jugement en date du 16 février 2009, 21 p.)

FONCTION PUBLIQUE

RELATIONS DU TRAVAIL

Griefs

Contrôle judiciaire de la décision rejetant les griefs des demandeurs qui contestaient la nomination sans concours de la défenderesse comme chef d'équipe au Bureau des services fiscaux de l'Agence du revenu du Canada (l'Agence)—L'art. 208(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, empêche le demandeur de présenter un grief si un autre recours lui est ouvert sous le régime d'une autre loi fédérale—En l'espèce, il y avait un mécanisme de réparation prévu par le programme de dotation mis en œuvre par l'Agence conformément à l'art. 54 de la *Loi sur l'Agence du revenu du Canada*, L.C. 1999, ch. 17—Ce programme est le code complet qui régit les recours offerts aux employés de l'Agence—Le législateur avait l'intention d'investir l'Agence du pouvoir de créer un régime exclusif pour traiter des questions de dotation—Les demandeurs devaient présenter une demande de contrôle judiciaire plutôt qu'un grief pour contester la nomination—Demande rejetée.

JOHAL C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-540-08, 2008 CF 1397, juge Frenette, jugement en date du 18 décembre 2008, 13 p.)

FORCES ARMÉES

Appel du rejet, par la protonotaire, de l'action en dommages-intérêts pour violation des droits garantis par la Charte, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le demandeur a été libéré à tort et en radiation de la déclaration modifiée au motif que la procédure de règlement des griefs n'a pas été menée à terme—La défenderesse, en niant les faits allégués par le demandeur, s'est appuyée sur l'affidavit et les pièces justificatives décrivant la procédure de règlement des griefs des Forces armées canadiennes (FAC) ainsi que sur l'état d'avancement des six griefs du demandeur—Selon la règle 221(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation suivant la règle 221(1)a)—Cependant, la requête en radiation d'un acte de procédure au motif que la cause d'action déborde la compétence de la Cour peut être appuyée par un affidavit—La Cour n'écartera pas non plus un affidavit montrant qu'une allégation essentielle de la déclaration est fautive—Il n'y a aucune limite à la recevabilité de preuves par affidavit dans une requête fondée sur les autres moyens énoncés à la règle 221(1)—L'affidavit est recevable en tant qu'exception au cas d'irrecevabilité prévu à la règle 221(2), c.-à-d. à l'appui de l'affirmation de la défenderesse selon laquelle une allégation essentielle de la déclaration est fautive ou selon laquelle l'action constitue un abus de procédure—Il est de jurisprudence constante que la procédure de règlement des griefs des FAC doit être épuisée avant de pouvoir s'adresser à la Cour pour obtenir réparation—Distinction d'avec *Canada c. Bernath*, 2007 CAF 400—*Manuge c. Canada*, [2009] 1 R.C.F. 416 n'appuie pas la position selon laquelle une action en dommages-intérêts pour violation des droits garantis par la Charte pourrait être déposée sans une procédure préalable de contrôle judiciaire—L'action est prématurée—Appel rejeté.

MOODIE C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-1248-07, 2008 CF 1233, juge Mosley, ordonnance en date du 6 novembre 2008, 16 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

RECouvreMENT

Contrôle judiciaire de la décision du M.R.N. de déduire 30 pour cent du montant des prestations mensuelles de retraite et de supplément de revenu de l'appelant pour l'appliquer à ses arriérés d'impôt en vertu de l'art. 224.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—L'appelant soumet que le législateur a incorporé les principes québécois de la compensation à l'art. 224.1 et que ces principes ne s'appliquent pas en l'espèce—L'art. 224.1 confie au ministre la discrétion d'exiger moins que 100 pour cent du montant par voie de compensation—Ainsi, il est clair que le législateur n'avait pas l'intention de rendre applicable toutes les clauses du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, en matière de compensation—La Loi est conçue pour générer des recettes—Le procédé d'exécution involontaire de l'art. 224.1 ne confère pas au débiteur fiscal une méthode pour éviter la saisie—Demande rejetée.

BOUCHARD C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-959-08, 2009 CF 249, juge Harrington, jugement en date du 3 Octobre 2009, 10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

CALCUL DU REVENU

Appels de trois décisions de la Cour canadienne de l'impôt (2008 CCI 106) confirmant les cotisations émises par le M.R.N. en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—La question à trancher était celle de savoir si l'art. 10(1) de la Loi autorisait les appelantes à calculer leurs revenus de façon non conforme aux principes comptables généralement reçus (PCGR)—S'appuyant sur l'art. 10 de la Loi, selon lequel la valeur des biens en inventaire est établie au moindre de leur coût ou de leur juste valeur marchande, les appelantes se sont imposées sur la base de leurs revenus facturés plutôt que sur celle de leurs revenus gagnés, contrairement aux PCGR applicables en vertu de l'art. 9—La Cour suprême du Canada a déjà jugé, dans *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, que l'art. 10(1) est une disposition impérative qui écarte l'application générale de l'art. 9 quant au calcul du coût des biens en inventaire d'une entreprise—Appels accueillis.

CDSL CANADA LTD. C. CANADA (A-122-08, A-123-08, A-121-08, 2008 CAF 400, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 15 décembre 2008, 17 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

ÉLECTIONS

Demande de contrôle judiciaire et de bref de *quo warranto* relativement au droit des défendeurs d'exercer la charge de conseil de bande de Nekaneet—Tenue de deux élections distinctes selon des coutumes différentes, créant ainsi deux conseils distincts—Les demandeurs ont été élus suivant la nouvelle coutume de la bande en matière de référendum (constituée de la constitution et de la loi sur la gouvernance de Nekaneet)—Les défendeurs et leurs partisans ont boycotté le processus, ont tenu leurs propres élections et ont organisé une pétition pour porter atteinte au consensus reflété dans le scrutin référendaire—Il s'agit de savoir si la coutume de la bande en matière de référendum a été adoptée et jugée acceptable par un large consensus des membres de la bande et a remplacé, en tant que telle, les coutumes de la bande Nekaneet suivant lesquelles les défendeurs ont été élus—La pétition ne fait pas état du consensus puisqu'elle ne représente pas la volonté et la compréhension des signataires—La Cour doit se pencher sur la légitimité politique plutôt que légale du consensus sur la coutume de la bande—Les règles de gouvernance de la bande de Nekaneet devraient être établies par la Première nation dans son ensemble—Les défendeurs sont guidés par leur propre intérêt dans le statu quo alors que les demandeurs avaient pour but de constater la volonté du peuple de Nekaneet—Le scrutin référendaire est le résultat d'élections justes et transparentes—Suffisamment de renseignements ont été fournis avant les élections pour permettre au consensus de se dégager—Une majorité nette a voté en faveur de la coutume de la bande en matière de référendum—Bref de *quo warranto* accordé.

PAHTAYKEN C. OAKES (T-999-08, 2009 CF 134, juge Russell, jugement en date du 10 février 2009, 42 p.)

PRATIQUE

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête en vue de solliciter une ordonnance confirmant que l'avis d'appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt a été déposé en temps opportun ou en vue d'obtenir une prorogation de délai—L'art. 27(2)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 dispose que l'appel à l'encontre d'un jugement définitif est interjeté dans les 30 jours du prononcé du jugement—La Loi ne définit pas le terme « prononcé », mais il s'agit habituellement de la signature et de l'inscription du jugement par le greffe—Cette interprétation devrait être adoptée à l'égard des jugements de la Cour canadienne de l'impôt parce qu'elle est conforme à l'art. 167 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a, sur le prononcé et le dépôt des jugements—Bien que l'art. 167 ne prévoit pas de délai pour déposer et inscrire le jugement signé, la survenance immédiate de ces étapes est implicite—Même si le jugement en l'espèce a été signé le 29 août 2008, aucun élément de preuve ne faisait état de son dépôt et de son inscription au greffe—Par conséquent, le jugement est réputé avoir été déposé et inscrit à la date de sa signature—Le fait que l'appelante n'a reçu la copie du jugement que le 10 septembre 2008 était sans pertinence—Pour établir le délai d'appel en application de l'art. 27(2)b) de la Loi, la date de la mise à la poste et de réception du jugement n'est

PRATIQUE—Fin

pas pertinente parce que les parties peuvent en recevoir une copie à différentes dates—L’avis d’appel a donc été déposé hors délai—Cependant, la requête de prorogation de délai a été accueillie à la lumière du caractère raisonnable de l’explication justifiant le délai.

CANADA TRUSTCO MORTGAGE COMPANY C. CANADA (A-511-08, 2008 CAF 382, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 4 décembre 2008, 7 p.)

