



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 4, Part 1

2009, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2009] 4 F.C.R., 3–210

Renvoi [2009] 4 R.C.F., 3–210

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'arrêtiiste 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'arrêtiiste 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.

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>

CONTENTS

Judgments	3-210
Digests	D-1

A&R Dress Co. Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 192

Customs and Excise—*Customs Tariff*—Judicial review of decision denying claim for refund of customs duty with respect to leftover textile cuttings—*Tariff*, s. 110(b) providing for refund of all duties paid in respect of imported goods processed in Canada if goods resulting from processing obsolete or surplus goods—Cuttings herein leftover after imported fabric manufactured into dresses in Canada for sale in Canada—“Goods” must have commercial value, been intended for sale—Leftover textile cuttings having marginal value, virtually impossible to find buyer—Not goods within s. 110(b) because not merchantable—Even if merchantable, leftovers were scrap and waste—Scrap and waste not goods—Not “obsolete or surplus”—“[o]bsolete or surplus” referring to something no longer needed or in excess of what was needed for production—Leftover textiles never had a use or datedness—Different regime under *Tariff* for “scrap” and “waste”.

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à 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.

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>

SOMMAIRE

Jugements	3-210
Fiches analytiques	F-1

A&R Dress Co. Inc. c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) . . 192

Douanes et Accise—*Tarif des douanes*—Contrôle judiciaire d'une décision rejetant la demande de remboursement des droits de douane à l'égard de retailles de tissu—L'art. 110(b) du *Tarif* prévoit le remboursement de tous les droits payés sur les marchandises importées et transformées au Canada si les marchandises découlant de la transformation deviennent des marchandises surannées ou excédentaires—Les retailles en l'espèce découlaient de la fabrication au Canada, grâce au tissu importé, de robes vendues au Canada—Les « marchandises » doivent avoir une valeur commerciale et être destinées à être vendues—Les retailles de tissu avaient une valeur minimale et il était pratiquement impossible de trouver un acheteur—Il ne s'agissait pas de marchandises au sens de l'art. 110(b) parce qu'elles n'étaient pas vendables—Même si elles avaient été vendables, les retailles étaient des résidus et des déchets—Les résidus et les déchets ne sont pas des marchandises—Les retailles n'étaient pas « surannées ou

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff) (F.C.A.) 149

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, Detention, Imprisonment—(1) Whether Charter applying to detention of non-Canadians by Canadian Forces (CF) in Afghanistan, transfer of these individuals to Afghan authorities—(2) If not, whether Charter nonetheless applying if transfer of detainees exposing them to substantial risk of torture—As to latter question *Canada (Justice) v. Kadh*r not changing principles applicable to concepts of territoriality, comity set out in *R. v. Hape*—Factual underpinning in *Kadh*r different from present case—Deference, comity ending where clear violations of international law, human rights—However, Charter not necessarily applying as result of violations; all circumstances must be examined—As to first question, CF having no “effective control” over territory in Afghanistan—As such, not possible to give Charter territorial application over Afghan territory, people—Motions Judge not erring in rejecting notion of “effective control over person” on basis problematic in context of multinational military effort, giving preference to consent-based test developed in *Hape*—Charter having no application herein—Appeal dismissed.

Armed Forces—Charter not applicable to non-Canadians detained by Canadian Forces (CF) deployed in Afghanistan, transfer of these individuals to Afghan authorities—Factual underpinning in *Canada (Justice) v. Kadh*r different from present case, where foreigners with no attachment to Canada held in CF detention facilities in Afghanistan—CF having no effective control over territory in Afghanistan—Afghan authorities consenting to application of Canadian law to Canadian personnel only.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

excédentaires »—L’expression « surannées ou excédentaires » fait référence à quelque chose dont on n’a plus besoin ou qui est en sus de la quantité nécessaire à la production—Les retailles de tissu n’ont jamais eu d’utilité ou de date d’origine—Le Tarif prévoit un programme distinct applicable aux « résidus » et aux « déchets ».

Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d’état-major de la Défense) (C.A.F.) 149

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—(1) Il s’agissait de savoir si la Charte s’appliquait à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes (FC) en Afghanistan et au transfèrement de ces personnes aux autorités afghanes—(2) Si la réponse était non, il s’agissait de savoir si la Charte s’appliquait néanmoins si le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture—S’agissant de la deuxième question, l’arrêt *Canada (Justice) c. Kadh*r n’a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité et de courtoisie formulées dans l’arrêt *R. c. Hape*—Le fondement factuel de l’arrêt *Kadh*r diffère de celui des présentes—Le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne—Cependant, la Charte ne s’applique pas nécessairement en raison de ces violations; il faut examiner l’ensemble des circonstances—S’agissant de la première question, les FC n’exercent pas de « contrôle effectif » sur le territoire de l’Afghanistan—Il n’était donc pas possible de permettre une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans—La juge des requêtes n’a commis aucune erreur lorsqu’elle a rejeté la notion d’« autorité réelle sur la personne » comme présentant des difficultés dans le contexte d’une opération militaire multinationale et lorsqu’elle a préféré adopter le critère fondé sur le consentement élaboré dans l’arrêt *Hape*—La Charte ne s’appliquait pas en l’espèce—Appel rejeté.

Forces armées—La Charte ne s’applique pas à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes (FC) déployées en Afghanistan ou au transfèrement de ces personnes aux autorités afghanes—Le fondement factuel de l’arrêt *Canada (Justice) c. Kadh*r diffère de celui des présentes, où des étrangers n’ayant aucune espèce d’attache avec le Canada sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan—Les FC n’exercent pas de contrôle effectif sur le territoire de l’Afghanistan—Les autorités afghanes ont seulement consenti à l’application du droit canadien au personnel canadien.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

International Law—Non-Canadians detained by Canadian Forces (CF) in Afghanistan—CF not occupying force—Governing authorities not acquiescing to extension of Canadian law over Afghan nationals—International law, including humanitarian law, identified by Afghan, Canadian governments as governing treatment of detainees in Canadian custody—While Afghan authorities consenting to application of Canadian law to all “Canadian personnel”, this consent specifically excluding Afghan nationals.

Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 164

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding appellant not Convention refugee, person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 98 (IRPA), *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b) on basis of “serious criminality”—Appellant pleading guilty to possession of opium, other drug-related charges while living illegally in United States—Although serving jail term in U.S., leaving for Canada thereafter without probation office’s permission—Commission of “serious” non-political crime central to exclusion clause of Convention, Art. 1F(b)—*Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* suggesting gravity of crime be judged against international standards—Under IRPA, s. 101(2)(b), refugee claim ineligible to be referred to Refugee Protection Division by reason of “serious criminality” if offence committed punishable in Canada by maximum term of imprisonment of at least 10 years—Interpretation of exclusion clause in Art. 1F(b) regarding seriousness of crime requiring evaluation of elements of crime, mode of prosecution, penalty prescribed, etc.—Board considering number of factors in determining whether appellant convicted of serious crime outside Canada—Federal Court not erring when determining Board’s conclusion reasonable—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit international—Non-Canadiens détenus par les Forces canadiennes (FC) en Afghanistan—Les FC ne sont pas une force d’occupation—Le gouvernement afghan n’a pas consenti à ce que le champ d’application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans—Les gouvernements afghan et canadien avaient désigné le droit international, y compris le droit humanitaire, comme régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada—Bien que le gouvernement afghan ait consenti à l’application du droit canadien à l’ensemble du « personnel canadien », ce consentement excluait spécifiquement les ressortissants afghans.

Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 164

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l’égard de la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que l’appellant n’avait ni la qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger en application de l’art. 98 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et de l’art. 1F(b) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* pour cause de « grande criminalité »—L’appellant a plaidé coupable à des accusations de possession d’opium et à d’autres accusations de trafic de stupéfiants lorsqu’il vivait illégalement aux États-Unis—Bien qu’il ait fini de purger sa peine d’emprisonnement aux É.-U., il est venu au Canada sans obtenir la permission de son bureau de probation—La commission d’un crime « grave » de droit commun constitue l’élément central de la clause d’exclusion de l’art. 1F(b) de la Convention—Selon la *Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, la gravité du crime doit être mesurée à l’aune des normes internationales—Suivant l’art. 101(2)(b) de la LIPR, une demande d’asile est irrecevable devant la Section de la protection des réfugiés pour cause de « grande criminalité » si l’infraction, commise au Canada, constituerait une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans—L’interprétation de la clause d’exclusion à l’art. 1F(b) exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l’on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, etc.—La Commission a tenu compte de nombreux facteurs pour décider si l’appellant avait été déclaré coupable d’un crime grave à l’extérieur du Canada—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que la décision de la Commission était raisonnable—Appel rejeté.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

International Law—Appellant excluded from refugee protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 98, *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b) on basis of serious criminality—Signatory nations of United Nations drug conventions required to co-ordinate preventive, repressive action against drug trafficking—Drug trafficking defined, treated by signatory states as serious crime.

JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The) (F.C.A.) . . . 109

Maritime Law—Liens and Mortgages—Appellants, non-U.S. corporations, suppliers of necessities to foreign vessel in foreign ports—Two contracts expressly subject to U.S. law—Third containing arbitration clause providing law of State of Washington to govern—Ranking of creditors for distribution of proceeds of judicial sale of vessel—Whether appellants entitled to maritime liens under U.S. *Commercial Instruments and Maritime Liens Act* or statutory right *in rem* under Canadian law—Nature of maritime liens reviewed—Conflict of laws rules reviewed—Divergence of opinion in U.S. District Courts, Circuit Courts of Appeal as to whether maritime lien established in circumstances—Majority herein applying latest expression of law from U.S. appellate court; granting maritime liens to appellants—Pelletier J.A. (dissenting) holding foreign law not proved; applying Canadian law which does not recognize maritime liens for supplies of necessities to vessel.

Conflict of Laws—Appellants, non-U.S. corporations, suppliers of necessities to foreign vessel in foreign ports—Two contracts expressly subject to U.S. law—Third containing arbitration clause providing law of State of Washington to govern—Whether should be granted maritime liens under U.S. law or statutory right *in rem* under Canadian law—Common law choice of law rules providing choice of law expressed or implied in contract normally governs—However, substantive law of jurisdiction strongly connected to maritime transaction may govern—Proper law of two of contracts American law—Based on arbitration clause in third contract, American law proper law of contract—Majority applying latest statement

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit international—L'appellant n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention en application de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'art. 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* pour cause de « grande criminalité »—Les États signataires des conventions des Nations Unies sur les stupéfiants sont tenus de coordonner leurs mesures préventives et répressives contre le trafic de stupéfiants—Les États signataires définissent et considèrent le trafic de stupéfiants comme un crime grave.

JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le) (C.A.F.) . . . 109

Droit maritime—Privilèges et hypothèques—Les appelantes, des sociétés constituées à l'extérieur des É.-U., ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger—Deux contrats étaient expressément assujettis au droit américain—Le troisième contrat contenait une clause d'arbitrage stipulant que les lois de l'État de Washington s'appliquaient—Ordre de priorité des réclamations en vue de la distribution du produit de la vente en justice d'un navire—Il s'agissait de savoir si les appelantes avaient droit à un privilège maritime en vertu de la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act* des États-Unis ou à un droit réel d'origine législative en droit canadien—Examen de la nature des privilèges maritimes—Examen des règles en matière de conflits de lois—Divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime était constitué dans les circonstances—En l'espèce, la majorité a appliqué l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine et a accordé un privilège maritime aux appelantes—Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident), a statué que la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie; il a appliqué le droit canadien qui ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Conflit de lois—Les appelantes, des sociétés constituées à l'extérieur des É.-U., ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger—Deux contrats étaient expressément assujettis au droit américain—Le troisième contrat contenait une clause d'arbitrage stipulant que les lois de l'État de Washington s'appliquaient—Il s'agissait de savoir s'il fallait accorder un privilège maritime en vertu de la loi américaine ou un droit réel d'origine législative en droit canadien—Les règles de la common law sur le choix de la loi applicable prévoient que le choix de la loi est habituellement celui qui est choisi expressément ou implicitement dans le contrat—Cependant, lorsqu'il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of law from U.S. appellate court—Pelletier J.A. (dissenting) holding proof of foreign law failed since vessel not arrested within jurisdiction of circuit court which has pronounced itself on issue, no binding U.S. Supreme Court decision on issue—Canadian law not recognizing maritime lien for supply of necessities to vessel.

Makhija v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 85

Ethics—Appeal from decision allowing judicial review of four decisions of Registrar of Lobbyists on ground Registrar lacking jurisdiction to investigate as respondent not registered under *Lobbyists Registration Act*—Purpose of Act to enable public office holders, public, to know who is engaged in lobbying activities—Agreement to undertake lobbying activities, including lobbying activities on behalf of client (in case of consultant lobbyists), giving rise to obligation to file prescribed form—Agreement to undertake lobbying activities also giving rise to obligation to comply with *Lobbyists' Code of Conduct*—If Registrar having reasonable grounds for believing breach of Code has occurred, entitled to conduct investigation regardless of whether or not person concerned having filed form for lobbying activities in question—Application Judge thus erring in finding respondent not subject to Code—This error resulting in failure to consider merits of application for judicial review—Appeal allowed.

Parfum de Coeur, Ltd. v. Asta (F.C.) 139

Trade-marks—Expungement—Application for order removing registration No. TMA604943 from trade-marks register pursuant to *Trade-marks Act*, s. 57 on basis registration void, invalid because obtained by means of declaration of use containing fraudulent misrepresentation, materially false

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, les règles de droit substantiel peuvent s'appliquer—La loi américaine s'appliquait à deux contrats—Selon la clause d'arbitrage énoncée dans le troisième contrat, la loi américaine s'appliquait—La majorité a appliqué l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine—Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident), a statué que la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie parce que le navire n'a pas été saisi dans les limites de la cour de circuit qui s'était prononcée sur la question et qu'aucune décision de la Cour suprême des É.-U. sur la question n'avait force obligatoire—Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Makhija c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 85

Éthique—Appel d'une décision faisant droit au contrôle judiciaire de quatre décisions du directeur des lobbyistes au motif que le directeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter étant donné que l'intimé ne s'était pas enregistré en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*—La Loi a pour objet d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui se livre à des activités de lobbyisme—L'engagement de se livrer à des activités de lobbyisme, y compris des activités de lobbyisme exercées pour le compte d'un client (dans le cas de lobbyistes-conseils), fait naître l'obligation de déposer la déclaration réglementaire—L'engagement de se livrer à des activités de lobbyisme fait aussi naître l'obligation de se conformer au *Code de déontologie des lobbyistes*—Si le directeur avait des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction au Code, il avait le droit de faire enquête, que la personne ait déposé ou non la déclaration réglementaire relativement aux activités de lobbyisme en question—Le juge de première instance a donc commis une erreur en statuant que l'intimé n'était pas assujéti au Code—Cette erreur a fait en sorte qu'il n'a pas statué sur le fond de la demande de contrôle judiciaire—Appel accueilli.

Parfums de Coeur, Ltd. c. Asta (C.F.) 139

Marques de commerce—Radiation—Demande sollicitant une ordonnance suivant l'art. 57 de la *Loi sur les marques de commerce* en vue d'obtenir le retrait au registre des marques de commerce de l'enregistrement n° LMC604943 au motif que l'enregistrement était nul et invalide parce qu'il a été obtenu

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

statement fundamental to registration—Respondent filing application for trade-mark BOD on basis of proposed use—Later signing declaration of use for use of that trade-mark in Canada in association with same original wares—Registration for use of trade-mark in Canada subsequently issued on basis of this declaration of use—Applicant selling products bearing BOD Man trade-mark in Canada, giving notice of intention to commence proceeding to cancel registration—Respondent filing amendment to trade-mark to reflect actual use in respect of wares, i.e. shampoo, conditioner—Amended registration bar to registration of applicant's trade-mark BOD Man—Whether Court should strike amended registration—Act, s. 57 giving Court power, not obligation, to strike out, amend entry from trade-mark register where, on date of application, registration not accurately expressing, defining existing rights of mark owner—Date of application in s. 57 referring to date of application for expungement—Original declaration of use containing critical misstatement, but this misstatement not fraudulent—Registration may be invalidated where (i) fraudulent, intentional misstatements, (ii) innocent misstatements that are material in that without these misstatements, s. 12 barriers to registration insurmountable—Applicant having to show amended registration secured by material misstatement—Attempting to import U.S. doctrine of fraud, according to which any material misstatement sufficient to render registration void—Parliament, Court not embracing that principle—Evidence of use by respondent containing flaws, deficiencies, but on balance sufficient to show use of BOD in relation to shampoo, conditioner—Overbroad statement not sufficient to render mark unregistrable—Misstatement as to scope of use not rendering mark unregistrable in relation to original wares actually put in use—Here, significant respondent amended registration prior to filing of present application by applicant—Canadian law more nuanced, balanced; where misstatement innocent, in good faith, opportunity to amend registration provided in Act, s. 45—Respondent availing himself of this opportunity, having legitimate basis of right to trade-mark—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au moyen d'une déclaration d'emploi contenant une assertion inexacte frauduleuse ou une fausse déclaration importante essentielle à l'enregistrement—Le défendeur a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce BOD sur le fondement de l'emploi projeté—Il a par la suite signé une déclaration d'emploi afin d'utiliser cette marque de commerce au Canada en liaison avec les mêmes marchandises initiales—L'enregistrement de la marque de commerce au Canada a ensuite été délivrée sur le fondement de cette déclaration d'emploi—La demanderesse vendait des produits portant la marque de commerce BOD Man au Canada et a donné un avis de son intention d'entreprendre une procédure visant l'annulation de l'enregistrement—Le défendeur a déposé une modification à sa marque de commerce afin de refléter son véritable emploi à l'égard des marchandises, soit du shampooing et du revitalisant—L'enregistrement modifié faisait obstacle à l'enregistrement de la marque de commerce BOD Man de la demanderesse—Il s'agissait de savoir si la Cour devrait radier l'enregistrement modifié—L'art. 57 de la Loi donne à la Cour le pouvoir, mais non l'obligation, de biffer ou de modifier une inscription dans le registre des marques de commerce lorsque, à la date de la demande, l'enregistrement n'exprime pas ou ne définit pas exactement les droits existants du propriétaire de la marque—La date de la demande à l'art. 57 renvoie à la date de la demande de radiation—La déclaration d'emploi initiale contenait une déclaration erronée importante, mais il ne s'agissait pas d'une déclaration frauduleuse—L'enregistrement peut être invalidé lorsqu'il s'agit : i) de fausses déclarations frauduleuses intentionnelles, ii) de fausses déclarations qui, bien que non intentionnelles, sont importantes car, sans elles, les limites imposées par l'art. 12 à l'enregistrement auraient été insurmontables—La demanderesse devait démontrer que l'enregistrement modifié a été obtenu sur le fondement d'une fausse déclaration importante—Elle a tenté d'importer la doctrine américaine de la fraude selon laquelle une fausse déclaration importante est suffisante pour rendre nul tout enregistrement—Le législateur et la Cour n'ont pas adopté ce principe—La preuve d'emploi de la part du défendeur contenait des failles, mais elle suffisait dans l'ensemble pour démontrer que la marque BOD a été utilisée pour du shampooing et du revitalisant—La portée excessive de la déclaration n'était pas suffisante pour rendre la marque de commerce non enregistrable—La fausse déclaration quant à la portée de l'emploi ne faisait pas en sorte que la marque soit non enregistrable à l'égard des marchandises initiales véritablement employées—En l'espèce, le fait important était que le défendeur a modifié son enregistrement avant que la demanderesse dépose la présente demande—Le droit au Canada est plus nuancé et équilibré; dans le cas où la fausse déclaration est faite de façon non intentionnelle et de bonne foi, il y a une possibilité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Samson Cree Nation v. Samson Cree Nation (Chief and Council) (F.C.) 3

Practice—Class Proceedings—Motion for certification of action as class proceeding—Alleging Samson Cree Nation treating plaintiff, some Band members inequitably until officially recognized as Samson Cree Nation members—*Federal Courts Rules*, r. 334.16(1) setting out five-part test to be met for class to be certified—Plaintiff’s statement of claim disclosing reasonable cause of action, identifying class of two or more persons as required—Nevertheless, plaintiff not meeting test since failing to raise issues of fact or law common to all class members, to establish that class action preferable procedure for fair resolution of common questions—Certain issues in action requiring individualized assessment such as discoverability, i.e. when each class member knew, ought to have known of essential facts giving rise to cause of action—In present case, individual issues clearly predominating over common issues—Plaintiff also not establishing he would be suitable representative plaintiff as required by Rules, r. 334.16(1)(e)—Motion dismissed.

Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 91

Citizenship and Immigration—Judicial Review—Judicial review of immigration officer’s decision refusing application for permanent resident status as member of family class—Issue whether application barred by *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 72(2)(a), stating no application possible until any right of appeal provided by IRPA exhausted—Appeal by sponsor to Immigration Appeal Division under IRPA, s. 63(1) adequate alternative remedy—Applicant barred from proceeding with application for judicial review until sponsor’s right to appeal exhausted—Application dismissed—Question certified as to effect IRPA, s. 72(2)(a).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de modifier l’enregistrement comme le prévoit l’art. 45 de la Loi—Le défendeur s’est prévalu de cette possibilité, ayant un fondement juridique légitime—Demande rejetée.

Nation crie de Samson c. Nation crie de Samson (Chef et conseil) (C.F.) 3

Pratique—Recours collectifs—Requête pour faire autoriser une action à titre de recours collectif—Allégation selon laquelle la Nation crie de Samson traitait le demandeur et certains membres de la bande de manière inéquitable jusqu’à ce qu’ils soient officiellement reconnus comme membres de la Nation crie de Samson—La règle 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* énonce cinq éléments du test qui doivent être remplis pour que l’instance soit autorisée comme recours collectif—La déclaration du demandeur faisait état d’une cause d’action valable et d’un groupe identifiable d’au moins deux personnes, comme prévu—Néanmoins, le demandeur n’a pas satisfait au critère parce qu’il n’a pas réussi à soulever des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe et à démontrer que le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable les points communs—Certaines questions nécessitaient une évaluation individuelle comme la question de la possibilité de découvrir la preuve, c.-à-d. le moment auquel chacun des membres du groupe a appris ou aurait dû apprendre des faits essentiels donnant lieu à sa cause d’action—En l’espèce, il était évident que les questions individuelles prédominaient sur les points communs—En outre, le demandeur n’a pas démontré qu’il serait un représentant demandeur acceptable comme l’exige la règle 334.16(1)(e) des Règles—Requête rejetée.

Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 91

Citoyenneté et Immigration—Contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire de la décision de l’agent d’immigration rejetant une demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial—Il s’agissait de savoir si l’art. 72(2)(a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), qui dispose qu’il est interdit de présenter une demande de contrôle judiciaire tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées, interdit le dépôt d’une demande de contrôle judiciaire—L’appel interjeté par la répondante auprès de la Section d’appel de l’immigration en vertu de l’art. 63(1) de la LIPR constitue un autre recours approprié—Il est interdit au demandeur de déposer une demande de contrôle judiciaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Wangden v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 46

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial review of Minister’s delegate’s determination applicant ineligible to be referred to Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(d) on ground applicant already granted Convention refugee status by U.S.—Applicant applying for asylum in U.S.—Withdrawing claim but granted withholding of removal status—Applicant having onus to establish eligibility for referral to RPD—In absence of contrary information regarding applicant’s status, Minister’s delegate’s decision reasonable—Under U.S. *Immigration and Nationality Act* (INA), withholding of removal status equivalent to Convention refugee status since withholding of removal protection requiring individuals establish well-founded fear of persecution in country of nationality on ground stated in *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*—Applicant fitting profile of Convention refugee—Minister’s delegate therefore not erring in law—Application dismissed—Question certified as to whether “withholding of removal status” under U.S. law equivalent to Convention refugee status under IRPA, s. 101(1)(d).

Construction of Statutes—Judicial review of Minister’s delegate’s determination applicant ineligible to be referred to Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(d) on ground applicant already granted Convention refugee status by U.S.—Term “Convention refugee” in Act, s. 101(1)(d); *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention), Art. 1 central to present application—Act’s primary objective to save lives, offer protection to displaced, persecuted persons—Minister’s delegate’s decision consistent with Act’s objective, considered reasonable.

SOMMAIRE (Fin)

jusqu’à ce que les voies d’appel de sa répondante soient épuisées—Demande rejetée—Question certifiée quant à l’effet de l’art. 72(2)a) de la LIPR.

Wangden c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 46

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la représentante du ministre a décidé que le demandeur était inadmissible au renvoi à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en application de l’art. 101(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* puisque le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis—Le demandeur a présenté une demande d’asile aux États-Unis—Il a retiré sa demande, mais il bénéficiait d’un retrait du statut de personne à renvoyer—Il incombait au demandeur d’établir son admissibilité au renvoi à la SPR—En l’absence de renseignements contraires concernant le statut du demandeur, la décision de la représentante du ministre était raisonnable—En vertu de la *Immigration and Nationality Act* (l’INA) des États-Unis, le retrait du statut de personne à renvoyer équivaut au statut de réfugiés au sens de la Convention parce que les personnes bénéficiant de cette protection ont établi qu’elles craignent avec raison d’être persécutées dans leur pays de nationalité pour l’un des motifs prévus à la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—Le profil du demandeur répondait à celui de réfugié au sens de la Convention—La représentante du ministre n’a donc pas commis d’erreur de droit—Demande rejetée—La question de savoir si le « retrait du statut de personne à renvoyer » aux États-Unis équivaut à la reconnaissance de la qualité de réfugié au sens de la Convention selon l’art. 101(1)d) de la LIPR a été certifiée.

Interprétation des lois—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la représentante du ministre a décidé que le demandeur était inadmissible au renvoi à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en application de l’art. 101(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* puisque le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis—L’aspect fondamental de la demande en l’espèce était l’expression « réfugié au sens de la Convention » à l’art. 101(1)d) de la Loi et à l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention)—Le principal objet de la Loi est de sauver des vies et de protéger les personnes déplacées et persécutées—La décision de la représentante du ministre était compatible avec l’objet de la Loi et était raisonnable.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Realsearch Inc. v. Valon Kone Brunette Ltd., [2003] 4 F.C.R. 1012, has been affirmed on appeal (A-103-09, 2009 FCA 327), reasons for judgment handed down November 12, 2009.

Wangden v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), [2009] 4 F.C.R. 46, has been affirmed on appeal (A-607-08, 2009 FCA 344), reasons for judgment handed down November 23, 2009.

SUPREME COURT OF CANADA

Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp. (A-31-07, 2008 FCA 187) has been affirmed on appeal (2009 SCC 50). The reasons for judgment, handed down November 5, 2009, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Dubé v. Canada, A-7-08, 2009 FCA 109, Nadon and Pelletier J.J.A., judgment dated April 8, 2009, leave to appeal to S.C.C. granted October 29, 2009.

Gill v. Canada, A-100-08, 2009 FCA 56, Sharlow J.A., judgment dated February 26, 2009, leave to appeal to S.C.C. dismissed October 29, 2009.

House of Holy God v. Canada (Attorney General), A-448-08, 2009 FCA 148, Ryer J.A., judgment dated May 6, 2009, leave to appeal to S.C.C. dismissed November 12, 2009.

NCJ Educational Services Ltd. v. M.N.R., A-291-08, 2009 FCA 131, Desjardins J.A., judgment dated April 29, 2009, leave to appeal to S.C.C. dismissed November 12, 2009.

Rolland Bastien Estate v. Canada, A-586-07, 2009 FCA 109, Nadon and Pelletier J.J.A., judgment dated April 8, 2009, leave to appeal to S.C.C. granted October 29, 2009.

Smith v. Alliance Pipeline Ltd., A-56-08, 2009 FCA 110, Nadon and Pelletier J.J.A., judgment dated April 8, 2009, leave to appeal to S.C.C. granted November 26, 2009.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Realsearch Inc. c. Valon Kone Brunette Ltd.*, [2003] 4 R.C.F. 1012, a été confirmée en appel (A-103-09, 2009 CAF 327), les motifs du jugement ayant été prononcés le 12 novembre 2009.

La décision *Wangden c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, [2009] 4 R.C.F. 46, a été confirmée en appel (A-607-08, 2009 CAF 344), les motifs du jugement ayant été prononcés le 23 novembre 2009.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp.* (A-31-07, 2008 CAF 187) a été confirmé en appel (2009 CSC 50). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 5 novembre 2009, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Dubé c. Canada, A-7-08, 2009 CAF 109, les juges Nadon et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 8 avril 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 29 octobre 2009.

Gill c. Canada, A-100-08, 2009 CAF 56, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 26 février 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 octobre 2009.

House of Holy God c. Canada (Procureur général), A-448-08, 2009 CAF 148, le juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 6 mai 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 novembre 2009.

NCJ Educational Services Ltd. c. M.R.N., A-291-08, 2009 CAF 131, la juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 29 avril 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 novembre 2009.

Succession Rolland Bastien c. Canada, A-586-07, 2009 CAF 109, les juges Nadon et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 8 avril 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 29 octobre 2009.

Smith c. Alliance Pipeline Ltd., A-56-08, 2009 CAF 110, les juges Nadon et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 8 avril 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 26 novembre 2009.

Turmel v. Canada (Radio Television and Telecommunications Commission), A-451-07, 2008 FCA 405, Létourneau J.A., judgment dated July 21, 2009, leave to appeal to S.C.C. dismissed November 19, 2009.

Turmel c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications), A-451-07, 2008 CAF 405, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 21 juillet 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 novembre 2009.

**Federal Courts
Reports**

2009, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 4, 1^{er} fascicule

T-880-06
2008 FC 1308

T-880-06
2008 CF 1308

Andrew Mark Buffalo also known as Andrew Mark Freeman suing on his own behalf and on behalf of all persons who became members of the Samson Cree Nation on or after June 29, 1987 (Plaintiffs)

Andrew Mark Buffalo, également connu sous le nom d'Andrew Mark Freeman, en son nom personnel et au nom de toutes les personnes devenues membres de la Nation crie de Samson à compter du 29 juin 1987 (demandeurs)

v.

c.

Chief and Council of the Samson Cree Nation and the Samson Cree Nation (Defendants – Third Party Plaintiffs)

Chef et Conseil de la Nation crie de Samson et la Nation crie de Samson (défendeurs – demandeurs mis en cause)

and

et

Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (Defendant – Third Party Defendant)

Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (défenderesse – défenderesse mise en cause)

INDEXED AS: SAMSON CREE NATION v. SAMSON CREE NATION (CHIEF AND COUNCIL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : NATION CRIE DE SAMSON c. NATION CRIE DE SAMSON (CHEF ET CONSEIL) (C.F.)

Federal Court, Mactavish J.—Edmonton, October 27 and 28; Ottawa, November 24, 2008.

Cour fédérale, juge Mactavish—Edmonton, 27 et 28 octobre; Ottawa, 24 novembre 2008.

Practice — Class Proceedings — Motion for certification of action as class proceeding — Alleging Samson Cree Nation treating plaintiff, some Band members inequitably until officially recognized as Samson Cree Nation members — Federal Courts Rules, r. 334.16(1) setting out five-part test to be met for class to be certified — Plaintiff's statement of claim disclosing reasonable cause of action, identifying class of two or more persons as required — Nevertheless, plaintiff not meeting test since failing to raise issues of fact or law common to all class members, to establish that class action preferable procedure for fair resolution of common questions — Certain issues in action requiring individualized assessment such as discoverability, i.e. when each class member knew, ought to have known of essential facts giving rise to cause of action — In present case, individual issues clearly predominating over common issues — Plaintiff also not establishing he would be suitable representative plaintiff as required by Rules, r. 334.16(1)(e) — Motion dismissed.

Pratique — Recours collectifs — Requête pour faire autoriser une action à titre de recours collectif — Allégation selon laquelle la Nation crie de Samson traitait le demandeur et certains membres de la bande de manière inéquitable jusqu'à ce qu'ils soient officiellement reconnus comme membres de la Nation crie de Samson — La règle 334.16(1) des Règles des Cours fédérales énonce cinq éléments du test qui doivent être remplis pour que l'instance soit autorisée comme recours collectif — La déclaration du demandeur faisait état d'une cause d'action valable et d'un groupe identifiable d'au moins deux personnes, comme prévu — Néanmoins, le demandeur n'a pas satisfait au critère parce qu'il n'a pas réussi à soulever des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe et à démontrer que le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable les points communs — Certaines questions nécessitaient une évaluation individuelle comme la question de la possibilité de découvrir la preuve, c.-à-d. le moment auquel chacun des membres du groupe a appris ou aurait dû apprendre des faits essentiels donnant lieu à sa cause d'action — En l'espèce, il était évident que les questions individuelles prédominaient sur les points communs — En outre, le demandeur n'a pas démontré qu'il serait un

This was a motion to have an action against the defendants certified as a class proceeding. The case originated as a result of the differential treatment accorded to Aboriginal people who married non-Aboriginals under the pre-1985 *Indian Act*, which differential treatment was eliminated when the *Indian Act* was amended in 1985. Beginning on April 17, 1985, certain persons who had not previously been members of the Samson Cree Nation, such as the plaintiff, became entitled to have their names entered on a specific Band List. Implementation of the new band membership legislation was fraught with difficulties. As a result, there were delays within the Samson Cree Nation in recognizing the membership of certain individuals, including that of the plaintiff. The plaintiff's action was commenced on his own behalf and on behalf of all those who became members of the Samson Cree Nation on or after June 29, 1987.

The Samson Cree Nation receives royalties from the Crown in relation to natural resources exploited on the reserve lands it either occupies or on which it has an undivided interest with other bands. Payments are calculated on a *per capita* basis based upon the membership lists for each band kept by the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND). The Samson Cree Nation pays out *per capita* distributions (PCDs) only to individuals recognized as its members. The plaintiff was recognized by the Samson Cree Nation as a Band member on June 1, 1995 and has since received PCDs therefrom. Nevertheless, he is alleging primarily that he as well as other Band members were not treated equitably since they did not receive PCDs from the Samson Cree Nation at certain periods, in particular from May 1, 1988 to June 1, 1995. He has also asserted that the Samson Cree Nation fraudulently concealed the fact that it was receiving Crown royalties based upon membership numbers that included members of the proposed class.

Held, the motion should be dismissed.

There is little Federal Court case law governing the class proceeding certification process. Certification motions are governed by subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules*, which provides that a court shall grant certification where all five elements of the test are met. The first element that had to be met was that the pleadings disclose a reasonable cause of action (paragraph 334.16(1)(a)). As it was not determinative of the outcome, it was assumed for the purposes

représentant demandeur acceptable comme l'exige la règle 334.16(1)e) des Règles — Requête rejetée.

Il s'agissait d'une requête pour faire autoriser une action intentée contre les défendeurs à titre de recours collectif. L'affaire découlait de la différence de traitement accordée aux Autochtones qui épousaient des non-Autochtones selon la *Loi sur les Indiens* en vigueur avant 1985, différence de traitement qui a été éliminée lorsque la *Loi sur les Indiens* a été modifiée en 1985. À compter du 17 avril 1985, certaines personnes qui n'étaient pas membres de la Nation crie de Samson auparavant, comme le demandeur, sont devenues autorisées à faire inscrire leurs noms sur la liste des effectifs de la bande. La mise en œuvre des nouvelles dispositions législatives concernant les effectifs des bandes a suscité plusieurs problèmes. En conséquence, la Nation crie de Samson a tardé à reconnaître l'adhésion de certaines personnes, y compris le demandeur. L'action du demandeur a été intentée en son nom personnel et au nom de toutes les personnes qui sont devenues membres de la Nation crie de Samson à compter du 29 juin 1987.

La Nation crie de Samson touche des redevances de la Couronne relativement aux ressources naturelles exploitées sur les terres des réserves qu'elle occupe ou dans lesquelles elle possède une participation indivise avec d'autres bandes. Le calcul des paiements se fait par tête et est fondé sur les listes des membres que tient le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAIN) pour chaque bande. La Nation crie de Samson ne verse des allocations par tête qu'aux personnes qu'elle reconnaît à titre de membres. La Nation crie de Samson a reconnu le demandeur comme membre le 1^{er} juin 1995 et celui-ci reçoit depuis de la bande des montants au titre de l'allocation par tête. Néanmoins, il soutient essentiellement que lui et d'autres membres de la bande auraient été traités de manière inéquitable parce qu'ils n'ont reçu aucune somme de la Nation crie de Samson au titre des allocations par tête pendant certaines périodes, notamment pour la période allant du 1^{er} mai 1988 au 1^{er} juin 1995. De même, il a affirmé que la Nation crie de Samson a dissimulé frauduleusement le fait qu'elle touchait des redevances de la Couronne calculées en fonction des données couvrant les membres du groupe envisagé.

Jugement : la requête doit être rejetée.

Il y a peu de jurisprudence de la Cour fédérale au sujet du processus d'autorisation de recours collectifs. Les requêtes portant autorisation d'une instance comme recours collectif sont régies par le paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*, qui dispose que le juge autorise l'instance comme recours collectif lorsque les cinq éléments du test sont établis. Selon le premier élément qui devait être rempli, les actes de procédure doivent révéler une cause d'action valable

of the motion that the plaintiff's statement of claim does in fact disclose a reasonable cause of action.

As to the second element, i.e. whether there is an identifiable class of two or more persons in accordance with paragraph 334.16(1)(b) of the Rules, it must be established that the class cannot be defined more narrowly without arbitrarily excluding some people who share the same interest in resolving the common issues. There must also be some rational relationship between the identifiable class and the common issues. While the proposed class definition had shortcomings and did not relate to essential facts giving rise to the claim, there was an identifiable class of two or more persons in this matter, which was not unlimited and could be defined by reference to objective criteria.

To be appropriate for certification as a class action, a case must raise issues of fact or law common to all class members. An issue will be "common" only where its resolution is necessary to resolve each class member's claim. However, while the common issues do not have to determine liability for all of the class members, the determination of common issues must have sufficient significance in relation to the claim being asserted such that its resolution will advance the litigation in a meaningful way. Common issues also require precise definition. In this case, the plaintiff failed to identify any such issues, and therefore did not satisfy the onus on him. Even though the plaintiff failed the test for certification, the other remaining components of the test were examined.

It also had to be established that the class action was the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact. Subsection 334.16(2) of the *Federal Courts Rules* sets out the elements that must be considered with respect to this component. The plaintiff's failure to identify any common issues of fact or law requiring resolution through the class proceeding made it almost impossible to assess whether the common questions predominated over questions affecting only individual members. As for the limitations issues of the proposed class action, in so far as the claim relates to the Crown, section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* provides that the law relating to the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown regarding any cause of action arising in that province. The issue of discoverability, that is when each individual member of the class knew, or ought to have known, of the essential facts giving rise to their cause of action, would require an individualized assessment. An individualized

(alinéa 334.16(1)a)). Étant donné que cet élément ne scellait pas l'issue du litige, la Cour a présumé, aux fins de la présente requête, que la déclaration révèle effectivement une cause d'action valable.

S'agissant du deuxième élément, c'est-à-dire s'il existe un groupe identifiable d'au moins deux personnes conformément à l'alinéa 334.16(1)b) des Règles, il faut démontrer qu'il ne serait pas possible de définir le groupe de façon plus restreinte sans exclure de façon arbitraire des personnes qui ont un intérêt commun dans le règlement de la question collective. De même, un lien rationnel doit exister entre le groupe identifiable et les points communs. Bien que la définition proposée comporte des lacunes et ne soit pas liée aux faits essentiels donnant lieu à la réclamation formulée par le demandeur, il existait un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes; ce groupe était circonscrit et défini par rapport à un critère objectif.

Pour pouvoir être autorisée comme recours collectif, l'instance doit soulever des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre. Toutefois, bien qu'il ne soit pas nécessaire que les points communs visent à trancher la responsabilité pour tous les membres du groupe, la question commune doit être suffisamment importante par rapport à la réclamation pour que sa résolution permette de faire évoluer le litige de manière significative. En outre, les points communs doivent être définis de manière précise. En l'espèce, le demandeur n'a proposé aucune question de cette nature, et il ne s'est donc pas déchargé du fardeau qui lui incombait. Même si le demandeur n'a pas rempli le test applicable à l'autorisation d'une instance, les autres éléments du test ont été analysés.

Il fallait aussi établir que le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait communs. Le paragraphe 334.16(2) des *Règles des Cours fédérales* énonce les éléments qui doivent être pris en compte à cet égard. L'omission du demandeur de formuler des points de droit ou de fait commun devant être résolus au moyen du recours collectif a fait en sorte qu'il était pour ainsi dire impossible d'établir si les questions communes prédominaient sur les questions qui ne concernaient que certains membres. S'agissant des questions liées à la prescription du recours collectif envisagé, dans la mesure où la réclamation concerne la Couronne, l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* prévoit que les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. La question de la possibilité de découvrir la preuve, c'est-à-dire la question du moment auquel chacun des

assessment would also be needed to determine claims for lost benefits such as housing, education and social assistance. And the value of the individual claims in issue was potentially substantial. Therefore, since the individual issues clearly predominated, it was not shown that a class action was the preferable procedure to be followed for the just and efficient resolution of the issues in this claim.

Lastly, the plaintiff failed to establish that he would be a suitable representative plaintiff as required by paragraph 334.16(1)(e) of the Rules. He failed to prepare even a rudimentary litigation plan, which addressed matters such as the steps that would be taken to identify necessary witnesses, the collection of relevant documents from members of the class and how damages are to be assessed.

membres du groupe a appris ou aurait dû apprendre des faits essentiels donnant lieu à sa cause d'action, nécessiterait une évaluation individuelle. Une évaluation individuelle s'imposerait aussi pour trancher les réclamations relatives aux avantages perdus comme le logement, l'éducation et l'aide sociale. La valeur des réclamations individuelles en litige pouvait être élevée. En conséquence, comme il était évident que les questions individuelles prédominaient, il n'a pas été établi que le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon juste et efficace les questions en litige en l'espèce.

Enfin, le demandeur n'a pas réussi à démontrer qu'il serait un représentant demandeur acceptable comme l'exige l'alinéa 334.16(1)e des Règles. Il a omis de préparer ne serait-ce qu'un plan rudimentaire au sujet du litige, qui couvrirait des questions comme les mesures qui seraient prises pour déterminer l'identité des témoins nécessaires, la collecte des documents pertinents auprès des membres du groupe et la façon dont les indemnités seraient évaluées.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the Indian Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4.
An Act to amend the Indian Act (death rules), R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 43, s. 2.
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 32 (as am. *idem*, s. 31).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 39(1) (as am. *idem*, s. 38).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 221(1), 334.16 (as enacted by SOR/2007-301, s. 7), 334.17(1) (as enacted *idem*), 334.18 (as enacted *idem*), 334.39 (as enacted *idem*).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 10 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 11 (as am. *idem*; (4th Supp.), c. 43, s. 2).
Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. I-7.
Indian Oil and Gas Regulations, 1995, SOR/94-753.
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 3(1), 4, 11.

CASES CITED

APPLIED:

- Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; 2001 SCC 46; *Cloud v. Canada (Attorney General)*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50.
Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 3(1), 4, 11.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès), L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 43, art. 2.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 32 (mod., *idem*, art. 31).
Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. I-7.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 39(1) (mod., *idem*, art. 38).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 10 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 11 (mod., *idem*; (4^e suppl.), ch. 43, art. 2).
Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, DORS/94-753.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 221(1), 334.16 (édicte par DORS/2007-301, art. 7), 334.17(1) (édicte, *idem*), 334.18 (édicte, *idem*), 334.39 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; 2001 CSC 46; *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; 247 D.L.R. (4th) 667;

(2004), 73 O.R. (3d) 401; 247 D.L.R. (4th) 667; 27 C.C.L.T. (3d) 50 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] 1 S.C.R. vi; *Sorotski v. CNH Global N.V.*, [2008] 1 W.W.R. 386; (2007), 304 Sask. R. 83; 2007 SKCA 104.

CONSIDERED:

Samson Cree Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) (2002), 226 F.T.R. 65; 2002 FCT 1299; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; (2001), 205 D.L.R. (4th) 19; 42 C.E.L.R. (N.S.) 26; 2001 SCC 68; *Manuge v. Canada*, [2009] 1 F.C.R. 416; (2008), 71 C.C.P.B. 112; 329 F.T.R. 167; 2008 FC 624; *Harrington v. Dow Corning Corp.*, [1996] 8 W.W.R. 485; (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 97; 31 C.C.L.T. (2d) 48 (S.C.); affd (2000), 193 D.L.R. (4th) 67; [2000] 1 W.W.R. 201; 144 B.C.A.C. 51; 2000 BCCA 605; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728; 250 D.L.R. (4th) 756; 9 C.P.C. (6th) 175 (S.C.J.); *Yellowbird v. Samson Cree Nation No. 444* (2006), 405 A.R. 333; 61 Alta. L.R. (4th) 315; 2006 ABQB 434; affd (2008), 433 A.R. 350; 92 Alta. L.R. (4th) 235; 2008 ABCA 270.

REFERRED TO:

Samson Band v. Canada, [1989] 1 C.N.L.R. 110; (1988), 24 F.T.R. 130 (F.C.T.D.); *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184; (2001), 205 D.L.R. (4th) 39; [2001] 11 W.W.R. 207; 2001 SCC 69; *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (Ont. S.C.J.); *Sander Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2006), 289 F.T.R. 221; 2006 FC 327; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341; (2006), 43 Admin. L.R. (4th) 139; 287 F.T.R. 71; 2006 FC 197; *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146; 2004 FC 1610; *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386; (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 76; 2005 FC 919; *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133; 20 C.P.C. (3d) 272 (Gen. Div.); *Denis v. Bertrand & Frere Construction Co.*, [2000] O.J. No. 5783 (S.C.J.) (QL); *Campbell v. Flexwatt Corp.*, [1998] 6 W.W.R. 275; (1997), 98 B.C.A.C. 22; 44 B.C.L.R. (3d) 343 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] S.C.C.A. No. 13 (QL); *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 173; 46 B.L.R. (2d) 247; 35 C.P.C. (4th) 43 (S.C.J.); *Rosedale Motors Inc. v. Petro-Canada Inc.*, [2001] O.J. No. 5368 (Div. Ct.) (QL); *Daniels v. Canada (Attorney General)*, [2003] 6 W.W.R. 72; (2003), Sask. R. 120; [2003] 2 C.N.L.R. 98; 2003 SKQB 58; *Signalta Resources Limited v. Dominion Exploration Canada Ltd.*, 2007 ABQB 636; *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579; [2006] 9

W.W.R. 386; (2007), 304 Sask. R. 83; 2007 SKCA 104.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Nation crie de Samson c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2002 CFPI 1299; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; 2001 CSC 68; *Manuge c. Canada*, [2009] 1 R.C.F. 416; 2008 CF 624; *Harrington v. Dow Corning Corp.*, [1996] 8 W.W.R. 485; (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 97; 31 C.C.L.T. (2d) 48 (C.S.); conf. par (2000), 193 D.L.R. (4th) 67; [2000] 1 W.W.R. 201; 144 B.C.A.C. 51; 2000 BCCA 605; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728; 250 D.L.R. (4th) 756; 9 C.P.C. (6th) 175 (C.S.J.); *Yellowbird v. Samson Cree Nation No. 444* (2006), 405 A.R. 333; 61 Alta. L.R. (4th) 315; 2006 ABQB 434; conf. par (2008), 433 A.R. 350; 92 Alta. L.R. (4th) 235; 2008 ABCA 270.

DÉCISIONS CITÉES :

Bande de Samson c. Canada, [1989] 1 C.N.L.R. 110; (1988), 24 F.T.R. 130 (C.F. 1^{re} inst.); *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184; 2001 CSC 69; *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (C.S.J. Ont.); *Sander Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, 2006 CF 327; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341; 2006 CF 197; *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610; *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386; 2005 CF 919; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133; 20 C.P.C. (3d) 272; (Div. gén.); *Denis v. Bertrand & Frere Construction Co.*, [2000] O.J. n° 5783 (C.S.J.) (QL); *Campbell v. Flexwatt Corp.*, [1998] 6 W.W.R. 275; (1997), 98 B.C.A.C. 22; 44 B.C.L.R. (3d) 343 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] S.C.C.A. n° 13 (QL); *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 173; 46 B.L.R. (2d) 247; 35 C.P.C. (4th) 43 (C.S.J.); *Rosedale Motors Inc. v. Petro-Canada Inc.*, [2001] O.J. n° 5368 (C. div.) (QL); *Daniels v. Canada (Attorney General)*, [2003] 6 W.W.R. 72; (2003), Sask. R. 120; [2003] 2 C.N.L.R. 98; 2003 SKQB 58; *Signalta Resources Limited v. Dominion Exploration Canada Ltd.*, 2007 ABQB 636; *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579; [2006] 9 W.W.R. 393; 54 B.C.L.R. (4th) 204; 2006 BCCA 235; *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41; (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 53; 2006 BCCA 260; *Williams v. College Pension Board of Trustees* (2005), 254 D.L.R. (4th) 536; 45 B.C.L.R.

W.W.R. 393; 54 B.C.L.R. (4th) 204; 2006 BCCA 235; *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41; (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 53; 2006 BCCA 260; *Williams v. College Pension Board of Trustees* (2005), 254 D.L.R. (4th) 536; 45 B.C.L.R. (4th) 158; 41 C.C.E.L. (3d) 228; 2005 BCSC 788; *Fakhri v. Alfalfa's Canada Inc.* (2003), 26 B.C.L.R. (4th) 152; 41 C.P.C. (5th) 369; 2003 BCSC 1717; *Paron v. Alberta (Environmental Protection)* (2006), 402 A.R. 85; [2006] 9 W.W.R. 450; 60 Alta. L.R. (4th) 95; 2006 ABQB 375; *Bellaire v. Independent Order of Foresters* (2004), 19 C.C.L.I. (4th) 35; 5 C.P.C. (6th) 68 (Ont. S.C.J.); *Public Service Alliance of Canada Pension Plan Members v. Public Service Alliance of Canada* (2005), 47 C.C.P.B. 5; 18 C.P.C. (6th) 391 (Ont. S.C.J.); *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 20 C.P.C. (4th) 163 (Ont. Gen. Div.); *Toms Grain & Cattle Co. Ltd. v. Arcola Livestock Sales Ltd.*, 2004 SKQB 338.

AUTHORS CITED

Alberta Law Reform Institute. *Class Actions: Final Report No. 85*. Edmonton: Alberta Law Reform Institute, December 2000.

MOTION to have an action commenced against the defendants certified as a class proceeding. Motion dismissed.

APPEARANCES

Terence Glancy for plaintiffs.
Marco S. Poretti for defendants Chief and Council of the Samson Cree Nation and the Samson Cree Nation.
Kevin P. Kimmis and *Teresa A. Crotty-Wong* for defendant Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

SOLICITORS OF RECORD

Royal, McCrum, Glancy & Teskey, Edmonton, for plaintiffs.
Parlee McLaws LLP, Edmonton, for defendants Chief and Council of the Samson Cree Nation and the Samson Cree Nation.
Deputy Attorney General of Canada for Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

(4th) 158; 41 C.C.E.L. (3d) 228; 2005 BCSC 788; *Fakhri v. Alfalfa's Canada Inc.* (2003), 26 B.C.L.R. (4th) 152; 41 C.P.C. (5th) 369; 2003 BCSC 1717; *Paron v. Alberta (Environmental Protection)* (2006), 402 A.R. 85; [2006] 9 W.W.R. 450; 60 Alta. L.R. (4th) 95; 2006 ABQB 375; *Bellaire v. Independent Order of Foresters* (2004), 19 C.C.L.I. (4th) 35; 5 C.P.C. (6th) 68 (C.S.J. Ont.); *Public Service Alliance of Canada Pension Plan Members v. Public Service Alliance of Canada* (2005), 47 C.C.P.B. 5; 18 C.P.C. (6th) 391 (C.S.J. Ont.); *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 20 C.P.C. (4th) 163 (Div. gén. Ont.); *Toms Grain & Cattle Co. Ltd. v. Arcola Livestock Sales Ltd.*, 2004 SKQB 338.

DOCTRINE CITÉE

Alberta Law Reform Institute. *Class Actions: Final Report No. 85*. Edmonton : Alberta Law Reform Institute, décembre 2000.

REQUÊTE pour faire autoriser une action intentée contre les défendeurs à titre de recours collectif. Requête rejetée.

ONT COMPARU

Terence Glancy pour les demandeurs.
Marco S. Poretti pour les défendeurs, chef et conseil de la Nation crie de Samson et Nation crie de Samson.
Kevin P. Kimmis et *Teresa A. Crotty-Wong* pour la défenderesse Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Royal, McCrum, Glancy & Teskey, Edmonton, pour les demandeurs.
Parlee McLaws LLP, Edmonton, pour les défendeurs, chef et conseil de la Nation crie de Samson et Nation crie de Samson.
Le sous-procureur général du Canada pour Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

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

[1] MACTAVISH J.: Andrew Buffalo commenced an action against the Chief and Council of the Samson Cree Nation and the Samson Cree Nation itself (collectively the Samson defendants), and against Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development. Mr. Buffalo's action was commenced "on his own behalf and on behalf of all persons who became members of the Samson Cree Nation on or after June 29, 1987".

[2] Mr. Buffalo now seeks to have the action certified as a class proceeding. For the reasons that follow, I find that Mr. Buffalo has not satisfied several components of the test for certification. As a consequence, the motion will be dismissed.

Background to the Action

[3] In order to appreciate the issues raised by the parties in relation to the motion for certification, it is necessary to have an understanding of the complex history of the relations between the parties leading up to the commencement of this action.

[4] This case has its genesis in the differential treatment accorded to Aboriginal men and women who married non-Aboriginals under the provisions of the pre-1985 *Indian Act* [now R.S.C., 1985, c. I-5]. With the passage of the Bill C-31 amendments to the Act in 1985 (*An Act to Amend the Indian Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, section 4), this legislative differential treatment was eliminated.

[5] In accordance with the provisions of the amended *Indian Act*, a Band List was to be maintained by the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND or the Crown), on which every person who was entitled to be a member of the Band in question would be listed.

[6] Commencing on April 17, 1985, certain persons who had not previously been members of the Samson

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : Andrew Buffalo a intenté une action contre le chef et le conseil de la Nation crie de Samson et contre la Nation crie de Samson elle-même (collectivement les défendeurs Samson), ainsi que contre Sa Majesté La Reine, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. Il a intenté cette action « en son nom personnel et au nom de toutes les personnes qui sont devenues membres de la Nation crie de Samson à compter du 29 juin 1987 ».

[2] M. Buffalo veut aujourd'hui faire autoriser l'action à titre de recours collectif. Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que M. Buffalo n'a pas établi plusieurs éléments du test applicable à l'autorisation d'une instance comme recours collectif. En conséquence, la requête sera rejetée.

Les faits à l'origine de l'action

[3] Afin de comprendre les questions que les parties ont soulevées au sujet de la requête en autorisation d'un recours collectif, il est nécessaire de connaître l'histoire complexe des relations entre les parties qui ont mené à l'introduction de l'action en l'espèce.

[4] La présente affaire découle de la différence de traitement accordée aux hommes et femmes qui épousaient des non-Autochtones, selon les dispositions de la *Loi sur les Indiens* [maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5] en vigueur avant 1985. Lors de l'adoption des modifications apportées à la Loi en 1985 par le projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), cette différence de traitement d'origine législative a été éliminée.

[5] Conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* modifiée, le ministère des Affaires indiennes et du Nord (MAIN ou la Couronne) devait tenir une liste de bande sur laquelle le nom de chaque personne ayant le droit de devenir membre de la bande en question serait inscrit.

[6] À compter du 17 avril 1985, certaines personnes qui n'étaient pas membres de la Nation crie de Samson

Cree Nation became entitled to have their names entered onto the Band List. As of June 28, 1987, additional persons who had not been members of the Band prior to April 17, 1985, became entitled to be members of the Samson Cree Nation. This latter group included people who were first-generation descendants of persons who had previously been excluded from Band membership by virtue of the pre-1985 *Indian Act*.

[7] In accordance with section 10 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] of the post-1985 *Indian Act*, bands could assume control over their membership with the consent of a majority of the electors of the band, as long as proper notice was provided, and the majority of the electors consented to the membership rules established by the band, amongst other requirements.

[8] After the Bill C-31 amendments came into force, the Samson Cree Nation attempted to regain control of its membership. However, the Band's membership code was refused by the Crown in late 1987 because it did not satisfy the requirements of the *Indian Act*. An application for judicial review of this decision was dismissed [*Samson Band v. Canada*, [1989] 1 C.N.L.R. 110 (F.C.T.D.)], and a subsequent appeal was later abandoned.

[9] Further amendments to the *Indian Act* [at section 11 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4)] were enacted in 1988 [*An Act to Amend the Indian Act (death rules)*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 43, s. 2] which made Band membership available to descendants of the dead. These were known as the "death rules amendments".

[10] Implementation of the new band membership legislation was fraught with difficulties. Some bands, including the Samson Cree Nation, were of the view that the 1985 amendments to the *Indian Act* interfered with their Aboriginal and treaty rights of self-determination

auparavant sont devenues autorisées à faire inscrire leurs noms sur la liste des effectifs de la bande. Le 28 juin 1987, d'autres personnes qui n'avaient pas été membres de la Nation crie de Samson avant le 17 avril 1985 ont obtenu le droit de le devenir. Ce dernier groupe comprenait des personnes faisant partie de la première génération de descendants de ceux et celles qui avaient précédemment été exclus comme membres de la bande en application de la *Loi sur les Indiens* en vigueur avant 1985.

[7] Conformément à l'article 10 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4] de la *Loi sur les Indiens* en vigueur après 1985, les bandes ont pu décider de l'appartenance à leurs effectifs avec l'autorisation d'une majorité de leurs électeurs pourvu, notamment, qu'un avis convenable ait été donné et que la majorité des électeurs aient consenti aux règles d'appartenance qu'elles avaient fixées.

[8] Après l'entrée en vigueur des modifications prévues au projet de loi C-31, la Nation crie de Samson a tenté de reprendre le pouvoir de décision quant à l'appartenance à ses effectifs. Cependant, la Couronne a rejeté le code d'appartenance de la bande à la fin de 1987, parce qu'il n'était pas conforme aux exigences de la *Loi sur les Indiens*. Une demande de contrôle judiciaire relative à cette décision a été rejetée [*Bande de Samson c. Canada*, [1989] 1 C.N.L.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.)] et un appel interjeté à l'égard de cette décision a plus tard fait l'objet d'un désistement.

[9] En 1988, le législateur a apporté à la *Loi sur les Indiens* [à l'article 11 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4)] d'autres modifications [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès)*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 43, art. 2] qui ont eu pour effet de permettre aux descendants des défunts de devenir membres de la bande. Ces modifications ont été appelées [TRADUCTION] « modifications relatives au décès ».

[10] La mise en œuvre des nouvelles dispositions législatives concernant les effectifs des bandes a suscité plusieurs problèmes. Certaines bandes, dont la Nation crie de Samson, estimaient que les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 portaient

and self-government, as well as their right to control their own membership. As a consequence, there were delays within the Samson Cree Nation in recognizing the membership of certain individuals granted status through Bill C-31. Included amongst these individuals was the plaintiff, Andrew Buffalo.

[11] The Samson Cree Nation occupies reserves Nos. 137 and 137A in Alberta, and has an undivided interest with three other Bands in reserve No. 138 (also referred to as the Pigeon Lake Reserve).

[12] On or about May 30, 1946, the Samson Cree Nation surrendered its rights, title and interest with respect to petroleum, natural gas and certain minerals on reserves 137 and 138 to the Crown in trust for the benefit of the Nation.

[13] The Crown negotiates leases for oil production, calculates royalties and pays interest in relation to oil and gas resources on reserve lands, pursuant to the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7 and the *Indian Oil and Gas Regulations, 1995*, SOR/94-753. Royalties from reserves Nos. 137 and 137A are paid to the Band, whereas royalties from Reserve No. 138 are divided between Samson and the three other bands. The payments are calculated on a *per capita* basis, based upon the membership lists for each band kept by DIAND. It is this latter category of royalties that are in issue in this case.

[14] From time to time, the Samson Cree Nation pays out *per capita* distributions (PCDs) to individuals recognized as members by the Band. In addition, benefits relating to matters such as housing, education and social assistance are made available from time to time to Band members who are deemed to be entitled to such benefits.

[15] In accordance with the provisions of the *Indian Act*, the Samson Cree Nation maintains both a capital and a revenue account. Payments made by the Samson Cree Nation from its capital account require the approval

atteinte à leurs droits à l'autodétermination et à l'autonomie gouvernementale, qui sont des droits ancestraux et des droits issus de traités, ainsi qu'à leur droit de décider de l'appartenance à leurs effectifs. En conséquence, la Nation crie de Samson a tardé à reconnaître l'adhésion de certaines personnes qui avaient obtenu le statut de membres en vertu du projet de loi C-31, y compris le demandeur, Andrew Buffalo.

[11] La Nation crie de Samson occupe les réserves n^{os} 137 et 137A, en Alberta, et possède une participation indivise avec trois autres bandes sur la réserve n^o 138 (également appelée la réserve du lac Pigeon).

[12] Vers le 30 mai 1946, la Nation crie de Samson a cédé ses droits, titre et intérêt afférents au pétrole, au gaz naturel et à certains minéraux se trouvant sur les réserves 137 et 138 à la Couronne, en fiducie, pour qu'elle les exploite au profit de la Nation.

[13] La Couronne négocie les baux relatifs à la production de pétrole, calcule les redevances et paie les intérêts afférents aux ressources pétrolières et gazières qui se trouvent sur les terres des réserves, conformément à la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, et au *Règlement de 1995 sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, DORS/94-753. Les redevances provenant des réserves n^{os} 137 et 137A sont versées à la bande, tandis que celles qui proviennent de la réserve n^o 138 sont réparties entre Samson et trois autres bandes. Le calcul des paiements se fait par tête, et est fondé sur les listes des membres que tient le MAIN pour chaque bande. Les questions en litige en l'espèce concernent cette dernière catégorie de redevances.

[14] À l'occasion, la Nation crie de Samson verse des allocations par tête aux personnes qu'elle reconnaît à titre de membres. De plus, des avantages liés à des aspects comme le logement, l'éducation et l'aide sociale sont offerts aux membres de la bande qui sont réputés y avoir droit.

[15] Conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, la Nation crie de Samson tient un compte de capital et un compte de revenu. Les paiements qu'elle verse à même son compte de capital nécessitent

of DIAND, whereas no such approval is required for payments made from the Band's revenue account.

[16] Until 2005, oil royalties were paid by the Crown into one of the Band's two accounts. Royalty payments initially went into the Band's capital account, and PCD payments were originally paid by the Samson Cree Nation to Band members out of that account.

[17] However, in 1987, the Samson Cree Nation took issue with the payment of PCDs to some of the individuals identified as Band members on the DIAND membership list. Litigation was commenced in this Court by both the Band and by Andrew Buffalo. Mr. Buffalo was the representative plaintiff for approximately 391 other class members in Federal Court action T-430-01 (the suspense account litigation).

[18] As a result of interlocutory proceedings, DIAND began transferring the portion of royalty monies which related to the individuals whose membership was contested by the Band into a "suspense account". Payments into this account were made by DIAND between June 29, 1987 and May 1, 1988.

[19] In or around May of 1988, the Samson Cree Nation began making PCD payments out of interest accruing in its revenue account. It is alleged that one of the reasons for this change was to prevent DIAND from paying PCDs to individuals, including Andrew Buffalo, who were not recognized as members by the Samson Cree Nation.

[20] The suspense account litigation was ultimately resolved in 2002, through a series of orders issued by Justice Hugessen. On February 12, 2008, Mr. Buffalo signed a settlement, general release and confidentiality agreement in favour of the Crown. There is a dispute between the parties as to the scope of the release granted by Mr. Buffalo. At a minimum, the document released the Crown from any claims with respect to PCD payments made by the Crown into the suspense account in relation to Mr. Buffalo.

l'approbation du MAIN, tandis qu'aucune approbation de cette nature n'est nécessaire dans le cas des paiements qu'elle verse à même son compte de revenu.

[16] Jusqu'en 2005, la Couronne a versé les redevances pétrolières dans l'un des deux comptes de la bande. Les redevances étaient d'abord versées dans le compte de capital de la bande, et la Nation crie de Samson payait à même ce compte les allocations par tête aux membres de la bande.

[17] Cependant, en 1987, la Nation crie de Samson s'est opposée au paiement d'allocations par tête à certaines des personnes figurant sur la liste du MAIN comme membres de la bande. Tant la bande qu'Andrew Buffalo ont intenté une action devant la Cour fédérale. M. Buffalo était le demandeur qui représentait environ 391 autres membres du groupe dans l'action engagée devant la Cour fédérale dans le dossier T-430-01 (le litige concernant le compte d'attente).

[18] Par suite de mesures interlocutoires, le MAIN a commencé à transférer la partie des redevances se rapportant aux personnes dont la bande contestait l'appartenance dans un « compte d'attente » et a versé les montants dans ce compte entre le 29 juin 1987 et le 1^{er} mai 1988.

[19] Vers le mois de mai de 1988, la Nation crie de Samson a commencé à verser des paiements au titre des allocations par tête à même les intérêts accumulés dans son compte de revenu. Apparemment, ce changement visait notamment à empêcher le MAIN de verser les allocations par tête aux personnes, y compris Andrew Buffalo, que la Nation crie de Samson ne reconnaissait pas comme membres.

[20] Le litige concernant le compte d'attente a finalement été résolu en 2002 au moyen d'une série d'ordonnances du juge Hugessen. Le 12 février 2008, M. Buffalo a signé une entente de règlement, de décharge générale et de confidentialité en faveur de la Couronne. La portée de la décharge accordée par M. Buffalo est contestée. Le document avait pour effet, à tout le moins, de libérer la Couronne de la responsabilité relative aux réclamations concernant les paiements qu'elle avait versés dans le compte d'attente au titre des allocations par tête à l'égard de M. Buffalo.

[21] In the meantime, on June 1, 1995, Mr. Buffalo entered an agreement with the Samson Cree Nation, whereby the Band recognized him as a member, and Mr. Buffalo released the Band from any claims that he could have against it “by reason of or in respect of any claim [for] *per capita* distribution”. Although not specified in the settlement agreement, Mr. Buffalo evidently received the sum of \$1 000 from the Samson Cree Nation at that time. Since then, Mr. Buffalo has received PCDs from the Band.

[22] Other individuals whose membership had been contested by the Band also signed similar, although not necessarily identical, settlement agreements and releases with the Samson Cree Nation at various times. The Crown states that these agreements were signed without the knowledge of DIAND.

[23] In his reasons for order of December 11, 2002 [written reasons reported at *Samson Cree Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2002), 226 F.T.R. 65 (F.C.T.D.)], Justice Hugessen found that the settlement agreement and release between Mr. Buffalo and the Samson Cree Nation could not be set up against Mr. Buffalo in the context of the suspense account litigation, because Mr. Buffalo’s claim in that case was against the Crown, and the settlement agreement was made with the Samson Cree Nation.

[24] Justice Hugessen acknowledged [at paragraph 9] that such a release “might properly release the Band”. However, he goes on to note that the agreement was based on the Band’s representation that it controlled its own membership, as otherwise it could not allow Mr. Buffalo to be a member in exchange for the release from liability. Given that this was not in fact the case, Justice Hugessen found that the basic premise of the contract was false, such that the agreement could not be enforced against Mr. Buffalo by the Samson Cree Nation.

[25] Justice Hugessen also observed that the Band owed fiduciary obligations to its members and, as such, had to treat them all fairly and equitably. It was up to the Samson Cree Nation to demonstrate it had not breached

[21] Dans l’intervalle, le 1^{er} juin 1995, M. Buffalo a conclu avec la Nation crie de Samson une entente par laquelle la bande a reconnu celui-ci comme membre; de son côté, M. Buffalo a dégagé la bande de la responsabilité relative aux réclamations qu’il aurait pu avoir contre elle [TRADUCTION] « à l’égard ou au titre des allocations par tête ». Même si ce fait n’est pas précisé dans l’entente de règlement, M. Buffalo a manifestement reçu la somme de 1 000 \$ de la Nation crie de Samson à l’époque. Depuis ce temps, il a reçu de la bande des montants au titre de l’allocation par tête.

[22] Par ailleurs, d’autres personnes dont la Nation crie de Samson avait contesté l’appartenance ont également signé à différentes dates avec elle des ententes de règlement et de décharge semblables, mais pas nécessairement identiques. La Couronne affirme que ces ententes ont été signées à l’insu du MAIN.

[23] Dans ses motifs d’ordonnance du 11 décembre 2002 [motifs publiés à *Nation crie de Samson c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2002 CFPI 1299], le juge Hugessen a conclu que l’entente de règlement et de décharge intervenue entre M. Buffalo et la Nation crie de Samson ne pouvait être invoquée contre M. Buffalo dans le litige concernant le compte d’attente, parce que la réclamation de M. Buffalo dans cette affaire a été formulée contre la Couronne, tandis que l’entente de règlement a été conclue avec la Nation crie de Samson.

[24] Le juge Hugessen a reconnu [au paragraphe 9] que cette décharge pouvait « à juste titre libérer la bande », mais a précisé que l’entente était fondée sur la prétention de la bande selon laquelle elle exerçait un contrôle sur ses propres membres, car elle ne pourrait autrement permettre à M. Buffalo de devenir membre en échange de la décharge de responsabilité. Étant donné que tel n’était pas le cas, le juge Hugessen a conclu que la contrepartie essentielle du contrat était fautive, de sorte que la Nation crie de Samson ne pouvait opposer l’entente à M. Buffalo.

[25] Le juge Hugessen a également fait remarquer que la bande avait des obligations fiduciaires envers ses membres et qu’elle devait traiter avec ceux-ci d’une façon équitable. Il incombait à la Nation crie de Samson

its fiduciary obligations to Mr. Buffalo in entering the agreement, which it had failed to do.

[26] Apart from the \$1 000 payment referred to above, Mr. Buffalo alleges that he has not received anything from the Samson Cree Nation in relation to PCDs for the period between May 1, 1988, when the Samson Cree Nation began making PCD payments out of its revenue account, and June 1, 1995, when he allegedly settled with the Band. Mr. Buffalo's proposed class action relates to this period. The nature of the claim will be discussed in greater detail further on in this decision.

[27] Before turning to consider the various elements of the test for certification, it is helpful to start with an overview of the general principles governing class actions.

General Principles Governing Class Proceedings

[28] As the Supreme Court of Canada has observed, class actions allow for improved access to justice for those who might otherwise be unable to seek vindication of their rights through the traditional litigation process. Class actions also enhance judicial economy, allowing a single action to decide large numbers of claims involving similar issues. Finally, class actions encourage behaviour modification on the part of those who cause harm: see *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; and *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184.

[29] In the above trilogy of cases, the Supreme Court also held that an overly restrictive approach to the application of class action certification legislation must be avoided, so that the benefits of class actions can be fully realized.

de démontrer qu'elle n'avait pas agi en violation de son obligation fiduciaire envers M. Buffalo en concluant l'entente, ce qu'elle n'avait pas réussi à faire.

[26] Exception faite du paiement de 1 000 \$ susmentionné, M. Buffalo soutient qu'il n'a reçu aucune somme de la Nation crie de Samson au titre des allocations par tête pour la période allant du 1^{er} mai 1988, lorsque la Nation a commencé à verser des paiements de cette nature à même son compte de revenu, au 1^{er} juin 1995, lorsqu'il a apparemment réglé avec la bande. Le recours collectif que propose M. Buffalo concerne cette période. La nature de la réclamation sera commentée de façon plus détaillée plus loin dans la présente décision.

[27] Avant d'examiner les différents éléments du test applicable à l'autorisation d'une instance comme recours collectif, il convient d'abord de résumer les principes généraux régissant les recours collectifs.

Principes généraux régissant les recours collectifs

[28] Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné, les recours collectifs visent à faciliter l'accès à la justice à ceux qui ne pourraient pas revendiquer leurs droits dans le cadre du processus judiciaire habituel. Les recours collectifs permettent en outre de réaliser des économies sur le plan judiciaire en donnant à la Cour la possibilité de rendre une décision dans une seule action, décision qui s'appliquera à de nombreuses autres réclamations portant sur des questions semblables. Enfin, les recours collectifs sont utiles parce qu'ils encouragent les malfaisants à modifier leur comportement : voir *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; et *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184.

[29] Dans la trilogie susmentionnée, la Cour suprême du Canada a également dit que les tribunaux devaient éviter d'appliquer une démarche trop restrictive en matière d'autorisation des recours collectifs pour adopter une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés.

[30] Moreover, the Supreme Court noted in the *Hollick* case (at paragraph 16) that:

... the certification stage focuses on the form of the action. The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action.

[31] In other words, a certification motion is a procedural matter. Its purpose is not to determine whether the litigation can succeed, but rather, how the litigation should proceed: see *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (Ont. S.C.J.), at paragraph 12.

[32] In a motion such as this, the onus is on the plaintiff to establish an evidentiary basis for certification. That is, the plaintiff must show some basis in fact for each of the certification requirements, apart from the requirement that the pleadings disclose a reasonable cause of action. This latter requirement is governed by the principle that pleadings should not be struck unless it is “plain and obvious” that no claim exists: see *Hollick*, at paragraph 25.

Applicable Provisions of the *Federal Courts Rules*

[33] Certification motions are governed by subsection 334.16(1) [as enacted y SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], which states that:

334.16 (1) Subject to subsection (3), a judge shall, by order, certify a proceeding as a class proceeding if

(a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons;

(c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions

[30] En outre, comme l’a dit la Cour suprême dans *Hollick* (au paragraphe 16) :

L’étape de la certification intéresse la forme que revêt l’action. La question à cette étape n’est pas s’il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s’il convient de procéder par recours collectif.

[31] En d’autres termes, une requête en autorisation d’un recours collectif est une question de procédure. Elle vise non pas à savoir si le litige a des chances de succès, mais plutôt comment il devrait se dérouler : voir *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 12.

[32] Dans une requête semblable à celle dont la Cour est saisie en l’espèce, il appartient à la partie demanderesse d’établir un certain fondement factuel à l’appui de l’autorisation, c’est-à-dire qu’elle doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énoncées dans les règles, y compris l’exigence voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action valable. Cette dernière exigence est régie par le principe selon lequel un acte de procédure ne devrait pas être radié à moins qu’il ne soit « manifeste et évident » qu’il n’y a lieu à aucune réclamation : voir *Hollick*, au paragraphe 25.

Dispositions applicables des *Règles des Cours fédérales*

[33] Les requêtes portant autorisation d’une instance comme recours collectif sont régies par le paragraphe 334.16(1) [édicte par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], dont voici le libellé :

334.16 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une instance comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

a) les actes de procédure révèlent une cause d’action valable;

b) il existe un groupe identifiable formé d’au moins deux personnes;

c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci

predominate over questions affecting only individual members;

(d) a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact; and

(e) there is a representative plaintiff or applicant who

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(ii) has prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff or applicant and the solicitor of record.

[34] It should be noted that subsection 334.16(1) uses mandatory language, providing that a court shall grant certification, where all five elements of the test are satisfied.

[35] The parties agree that the list contained in subsection 334.16(1) is conjunctive. As a consequence, if an applicant fails to meet any one of the five listed criteria, the certification motion must fail: see *Sander Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2006), 289 F.T.R. 221 (F.C.), at paragraph 38.

[36] Also relevant is rule 334.18 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7], which states that:

334.18 A judge shall not refuse to certify a proceeding as a class proceeding solely on one or more of the following grounds:

(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require an individual assessment after a determination of the common questions of law or fact;

(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;

prédominant ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs;

e) il existe un représentant demandeur qui :

(i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,

(iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

[34] Il convient de souligner que le paragraphe 334.16(1) est rédigé en des termes péremptoires et prévoit que le juge autorise l'instance comme recours collectif lorsque les cinq éléments du test sont établis.

[35] Les parties conviennent que le test énoncé au paragraphe 334.16(1) est conjonctif. Par conséquent, si l'un ou l'autre des cinq critères énumérés n'est pas établi, la requête devra être rejetée : voir *Sander Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, 2006 CF 327, au paragraphe 38.

[36] La règle 334.18 [éditée par DORS/2007-301, art. 7], dont le texte est reproduit ci-dessous, est également pertinent :

334.18 Le juge ne peut invoquer uniquement un ou plusieurs des motifs ci-après pour refuser d'autoriser une instance comme recours collectif :

a) les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les points de droit ou de fait communs tranchés, une évaluation individuelle;

b) les réparations demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;

(c) different remedies are sought for different class members;

(d) the precise number of class members or the identity of each class member is not known; or

(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all of the class members. [Emphasis added.]

c) les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;

d) le nombre exact de membres du groupe ou l'identité de chacun est inconnu;

e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait communs que ne partagent pas tous les membres du groupe. [Je souligne.]

[37] The use of the word “solely” or “*uniquement*” in rule 334.18 suggests that while the enumerated factors may indeed be relevant considerations on a motion for certification, none of these factors, either singly, or combined with other factors listed in the provision, will, by themselves, provide a sufficient basis to decline certification: see *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341 (F.C.), at paragraph 41.

[38] With this understanding of the relevant Rules, I turn next to consider whether Mr. Buffalo has satisfied each of the elements of the test for certification, such that the matter should be certified as a class proceeding.

Should this Matter be Certified as a Class Proceeding?

[39] The *Federal Courts Rules* were amended in 2002 [SOR/2002-417, s. 17] to provide for class proceedings. Given the fairly recent introduction of class proceedings in this Court, there is relatively little Federal Court jurisprudence governing the certification process.

[40] The *Federal Courts Rules* regarding the certification of class actions are, however, very similar to the corresponding British Columbia rules [*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50]: *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146 (F.C.), at paragraph 26 and *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386 (F.C.), at paragraph 23.

[37] L'utilisation du mot « uniquement » ou « *solely* » donne à penser que, même si les facteurs énumérés sont réellement pertinents lors d'une requête en autorisation, aucun des facteurs, soit seul, soit combiné à d'autres facteurs énumérés, ne constitue, en soi, un motif suffisant pour refuser l'autorisation : voir *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341 (C.F.), au paragraphe 41.

[38] Après avoir expliqué les dispositions applicables des Règles, je vais maintenant examiner la question de savoir si M. Buffalo a satisfait à chacune des conditions du test relatif à l'autorisation, de sorte que l'instance devrait être autorisée comme recours collectif.

La présente instance devrait-elle être autorisée comme recours collectif?

[39] Les *Règles des Cours fédérales* ont été modifiées en 2002 pour prévoir les recours collectifs [DORS/2002-417, art. 17]. Étant donné que ce type de recours est assez récent à la Cour fédérale, celle-ci n'a rendu que peu de décisions au sujet du processus d'autorisation.

[40] Les *Règles des Cours fédérales* concernant l'autorisation des recours collectifs sont toutefois essentiellement les mêmes que les règles correspondantes de la Colombie-Britannique [*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50] : *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610, au paragraphe 26 et *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386 (C.F.), au paragraphe 23.

[41] The Rules are also very similar to those provided for in the Ontario class action legislation [*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6]: see *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155, at paragraph 17. As a consequence, the jurisprudence that has developed in those jurisdictions is of considerable assistance in determining whether or not certification is appropriate in this case.

[42] With this in mind, I turn now to examine each of the factors enumerated in subsection 334.16(1), starting with a consideration of whether the pleadings disclose a reasonable cause of action.

(a) Is there a Reasonable Cause of Action?

[43] The parties are in agreement that the test to be imposed at this stage is similar to that used in connection with motions to strike pleadings. That is, the question is whether it is “plain and obvious” that the pleadings do not disclose a reasonable cause of action: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980. The parties also agree that this is a low threshold: see, for example, *Manuge v. Canada*, [2009] 1 F.C.R. 416 (F.C.), at paragraph 38; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133 (Gen. Div.), at pages 140–141; and *Denis v. Bertrand & Frere Construction Co.*, [2000] O.J. No. 5783 (S.C.J.) (QL).

[44] The parties also agree that unlike a motion to strike under subsection 221(1) of the *Federal Courts Rules*, in this case, the onus is on the plaintiff to demonstrate that his pleadings do in fact disclose a reasonable cause of action.

[45] Mr. Buffalo’s current action was commenced by statement of claim issued on May 24, 2006. The claim alleges that Mr. Buffalo did not receive PCDs from either the Crown or the Samson Cree Nation for the period between May 1, 1988 and June 1, 1995, and that others amongst the plaintiffs did not receive PCDs for the same or greater or lesser periods.

[41] Les Règles sont également très semblables à celles qui existent en Ontario [*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6] : voir *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155, au paragraphe 17. En conséquence, la jurisprudence de ces provinces peut aider sensiblement la Cour à décider s’il convient, en l’espèce, d’accorder l’autorisation demandée.

[42] Cela étant, je vais maintenant examiner chacun des facteurs énumérés au paragraphe 334.16(1) des Règles en commençant par la question de savoir si les actes de procédure révèlent une cause d’action valable.

a) Y a-t-il une cause d’action valable?

[43] Les parties conviennent que le critère imposé à cette étape est semblable à celui qui est appliqué à l’égard des requêtes visant à radier des actes de procédure. La question est donc de savoir s’il est « évident et manifeste » que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d’action valable : *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980. Les parties reconnaissent également qu’il s’agit d’un seuil peu élevé : voir, par exemple, *Manuge c. Canada*, [2009] 1 R.C.F. 416 (C.F.), au paragraphe 38; *Peppiatt et al. v. Nicol et al.* (1993), 16 O.R. (3d) 133 (Div. gén.), aux pages 140 et 141; et *Denis v. Bertrand & Frere Construction Co.*, [2000] O.J. n° 5783 (C.S.J.) (QL).

[44] De plus, les parties admettent que, contrairement à la règle applicable à la requête en radiation fondée sur le paragraphe 221(1) des *Règles des Cours fédérales*, il appartient dans ce cas-ci à la partie demanderesse de démontrer que ses actes de procédure révèlent effectivement une cause d’action valable.

[45] L’action de M. Buffalo en l’espèce a été engagée au moyen d’une déclaration délivrée le 24 mai 2006. Dans cette déclaration, M. Buffalo soutient qu’il n’a reçu aucune somme au titre des allocations par tête, que ce soit de la Couronne ou de la Nation crie de Samson, entre le 1^{er} mai 1988 et le 1^{er} juin 1995, et que d’autres personnes parmi les demandeurs n’ont pas reçu non plus de montants de cette nature pendant la même période ou des périodes plus courtes ou plus longues.

[46] Briefly stated, Mr. Buffalo's statement of claim asserts that the Samson Cree Nation received royalty payments from the Crown in relation to the Pigeon Lake Reserve Samson lands, calculated using DIAND membership numbers that included the members of the proposed class.

[47] The statement of claim further alleges that the Samson defendants then excluded the plaintiffs from distribution of PCDs and other payments, as well as from access to benefits. According to the statement of claim, in so doing, the Samson defendants breached the fiduciary duty that they owed to the plaintiffs.

[48] The statement of claim identifies the particulars of the breach of fiduciary duty as using the plaintiffs' names for the purposes of obtaining a greater *per capita* share of oil royalties from its reserve lands, while denying the plaintiffs the financial benefits associated with Band membership, thereby unjustly enriching the Band. The statement of claim further asserts that the Samson defendants committed equitable fraud.

[49] It is also alleged that the Band failed to account to the plaintiffs "for the excess royalties received on a *per capita* basis in the Agreement signed by some or all of the Plaintiffs and in doing so fraudulently concealing and continuing to fraudulently conceal the extent of their equitable entitlement".

[50] Finally, the statement of claim alleges that the Samson defendants treated the plaintiffs inequitably in relation to other members of the Band in the distribution of PCDs and other benefits from June 29, 1987 onward, and in fraudulently concealing and continuing to fraudulently conceal the enrichment.

[51] In so far as the claim against the Crown is concerned, Mr. Buffalo pleads that the Crown has received oil and gas royalty payments from oil and gas companies, in trust, for the benefit of the relevant bands,

[46] Bref, M. Buffalo allègue dans sa déclaration que la Nation crie de Samson a reçu de la Couronne des redevances se rapportant aux terres de Samson situées sur la réserve du lac Pigeon, lesquelles redevances ont été calculées en fonction des nombres de membres donnés par le MAIN qui comprenaient les membres du groupe envisagé.

[47] M. Buffalo fait également valoir dans sa déclaration que les défendeurs Samson ont exclu par la suite les demandeurs de la distribution des allocations par tête et d'autres paiements ainsi que de l'accès aux avantages. Selon la déclaration, en agissant de la sorte, les défendeurs Samson ont violé l'obligation fiduciaire qu'ils avaient à l'endroit des demandeurs.

[48] La violation de l'obligation fiduciaire résiderait, d'après la description figurant dans la déclaration, dans le fait d'avoir utilisé les noms des demandeurs pour obtenir une plus grande part par tête des redevances pétrolières provenant des terres de la réserve tout en refusant aux demandeurs les avantages financiers associés à l'appartenance à la bande, ce qui a donné lieu à un enrichissement sans cause au profit de celle-ci. Les défendeurs Samson seraient également coupables, d'après la déclaration, de fraude selon l'equity.

[49] Il est également allégué que la bande a omis de rendre compte aux demandeurs [TRADUCTION] « des redevances excédentaires reçues par tête selon l'entente signée par quelques-uns ou l'ensemble des demandeurs; ce faisant, elle a dissimulé et continue à dissimuler frauduleusement l'ampleur des montants auxquels ils ont droit en equity ».

[50] Enfin, il appert de la déclaration que les défendeurs Samson auraient traité les demandeurs de manière inéquitable par rapport aux autres membres de la bande en ce qui a trait à la distribution des allocations par tête et d'autres avantages depuis le 29 juin 1987 et en ce qui a trait à la dissimulation frauduleuse et continue de l'enrichissement.

[51] En ce qui concerne la réclamation formulée contre la Couronne, M. Buffalo fait valoir que celle-ci a reçu des redevances pétrolières et gazières de sociétés pétrolières et gazières en fiducie, au profit des bandes

including the Samson Cree Nation. The claim further asserts that the Crown has the ability to trace these royalties, together with interest paid thereon.

[52] The claim further asserts that the Crown owes a fiduciary duty to the Samson Cree Nation, including its members, and that the Crown breached this duty by failing to disclose to the plaintiffs that oil royalties were being calculated based upon their membership in the Samson Cree Nation.

[53] It is also alleged that the Crown breached the fiduciary duty owed to the plaintiffs by crediting royalties and interest to Samson Cree Nation, when the Crown knew that Samson was acting dishonestly and fraudulently in not treating its Band members equitably. The Crown further breached its fiduciary duty, the plaintiffs say, by failing to take any steps to protect the financial interests of the plaintiffs from the inequitable treatment by the Samson Cree Nation, thereby fraudulently concealing from the plaintiffs the extent of their equitable entitlement.

[54] Each of the defendants provided substantial submissions as to the alleged deficiencies in the statement of claim, in support of their position that it does not disclose a reasonable cause of action. As it is not determinative of the outcome, I am prepared to assume for the purposes of this motion that the statement of claim does in fact disclose a reasonable cause of action.

(b) Is there an Identifiable Class of Two or More Persons?

[55] The Supreme Court of Canada has observed that the definition of the class “is critical because it identifies the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment”: *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, previously cited, at paragraph 38.

[56] As the Supreme Court also noted at paragraph 21 of the *Hollick* case, this requirement is not an onerous one. However, while Mr. Buffalo need not show that

concernées, dont la Nation crie de Samson. Il ajoute que la Couronne est en mesure de retracer ces redevances ainsi que les intérêts versés sur celles-ci.

[52] Toujours selon la déclaration, la Couronne a une obligation fiduciaire envers la Nation crie de Samson, y compris les membres de celle-ci, et a violé cette obligation en omettant de révéler aux demandeurs que les redevances pétrolières étaient calculées en fonction de leur appartenance à la Nation.

[53] De plus, la Couronne aurait violé l’obligation fiduciaire qu’elle avait envers les demandeurs en portant les redevances et intérêts au crédit du compte de la Nation crie de Samson alors qu’elle savait que Samson agissait de façon malhonnête et frauduleuse parce qu’elle ne traite pas ses membres de manière équitable. La Couronne aurait également violé son obligation fiduciaire en omettant de prendre des mesures pour protéger les intérêts financiers des demandeurs du traitement inéquitable dont ils ont fait l’objet de la part de la Nation crie de Samson, dissimulant frauduleusement à ceux-ci l’ampleur de leur droit en equity.

[54] Chacun des défendeurs a formulé des observations étoffées au sujet des lacunes que comporterait la déclaration, afin d’établir que celle-ci ne révèle aucune cause d’action valable. Étant donné que cette question ne scellerait pas l’issue du litige, je suis disposée à présumer, aux fins de la présente requête, que la déclaration révèle effectivement une cause d’action valable.

b) Existe-t-il un groupe identifiable d’au moins deux personnes?

[55] La Cour suprême du Canada a dit que la définition d’un groupe « est essentielle parce qu’elle précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement » : *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, précité, au paragraphe 38.

[56] Comme l’a également dit la Cour suprême dans l’arrêt *Hollick*, au paragraphe 21, cette exigence n’est pas lourde. Cependant, même si M. Buffalo n’est pas

everyone in the class shares the same interest in the resolution of the asserted common issue, there must be some showing that the class is not unnecessarily broad.

[57] That is, Mr. Buffalo must demonstrate that the class could not be defined more narrowly, without arbitrarily excluding some people who share the same interest in the resolution of the common issues: *Hollick*, at paragraph 21.

[58] In order to satisfy this criterion, what Mr. Buffalo must show is that there is an identifiable class of two or more persons, which class is not unlimited, and which is defined by reference to objective criteria: *Hollick*, at paragraph 17.

[59] The parameters of class definition suggested by Mr. Buffalo have varied throughout these proceedings. The statement of claim identifies the putative class as Mr. Buffalo “on his own behalf and on behalf of all persons who became members of the Samson Cree Nation on or after June 29, 1987”.

[60] During his oral submissions, counsel for Mr. Buffalo acknowledged that this definition was somewhat open-ended, suggesting that the proposed class definition be modified to add the words “and who are not recognized as members by the Samson Cree Nation”. According to Mr. Buffalo, there would be approximately 400 people who would come within this class.

[61] When the Court pointed out that this amended class definition would exclude Mr. Buffalo, who has himself been recognized as a member of the Samson Cree Nation since 1995, counsel then proposed a further modification to the definition, namely that it include Mr. Buffalo “on his own behalf and on behalf of all persons who became members of the Samson Cree Nation on or after June 29, 1987, and who were from time to time not recognized as members of the Samson Cree Nation”. The motion was then argued on the basis of this proposed class definition.

tenu de démontrer que chaque membre du groupe partage le même intérêt dans le règlement de la question collective invoquée, il doit être démontré que le groupe n’est pas trop large.

[57] Cela signifie que M. Buffalo doit démontrer qu’il ne serait pas possible de définir le groupe de façon plus restreinte sans exclure de façon arbitraire des personnes qui ont un intérêt commun dans le règlement de la question collective : *Hollick*, au paragraphe 21.

[58] Pour satisfaire à ce critère, M. Buffalo doit démontrer qu’il existe un groupe identifiable d’au moins deux personnes, lequel groupe est circonscrit et défini par rapport à un critère objectif : *Hollick*, au paragraphe 17.

[59] Les paramètres de la définition du groupe que M. Buffalo a proposée ont varié tout au long de la présente instance. Dans la déclaration, le groupe envisagé est décrit comme M. Buffalo « en son nom personnel et au nom de toutes les personnes qui sont devenues membres de la Nation crie de Samson à compter du 29 juin 1987 ».

[60] Au cours de sa plaidoirie, l’avocat de M. Buffalo a reconnu que cette définition était plutôt ouverte et mentionné qu’elle pourrait être modifiée par l’ajout des mots [TRADUCTION] « et qui ne sont pas reconnues à ce titre par la Nation crie de Samson ». Selon M. Buffalo, environ 400 personnes feraient partie de cette catégorie.

[61] Lorsque la Cour a souligné que cette définition modifiée du groupe aurait pour effet d’exclure M. Buffalo, qui est lui-même reconnu comme membre de la Nation crie de Samson depuis 1995, l’avocat a proposé une autre modification de la définition, selon laquelle le groupe comprendrait M. Buffalo [TRADUCTION] « en son nom personnel et au nom de toutes les personnes qui sont devenues membres de la Nation crie de Samson à compter du 29 juin 1987 et qui n’ont pas été reconnues à ce titre à un moment ou l’autre ». La requête a ensuite été débattue sur la base de cette définition proposée du groupe.

[62] In his reply submissions, counsel for Mr. Buffalo proposed a further modification to the class definition, suggesting that it be further amended to include Mr. Buffalo “on his own behalf and on behalf of all persons who became members of the Samson Cree Nation on or after June 29, 1987, and who were from time to time not recognized as members of the Samson Cree Nation between June 29, 1987 and June 1, 1995, inclusive”.

[63] Counsel then suggested that there should also be a subclass created of those members of the class who had never signed settlement agreements with the Samson Cree Nation. When the Court asked counsel whether there would not have to be a separate representative plaintiff for the subclass, given that Mr. Buffalo would not be a member of the subclass, counsel stated that the Court would have to decide whether this was appropriate. No individual was proposed as an appropriate representative for the subclass.

[64] Given the evolving nature of the proposed class definition, counsel for the defendants were then permitted to make additional submissions by way of surreply.

[65] In the course of the hearing, the Court queried whether it was the intention of the plaintiff that individual class members would be able to maintain a claim for damages arising in the period after June 1, 1995. Counsel for Mr. Buffalo stated that it was his understanding that claims for damages would be capped as of June 1, 1995 for all of the members of the class, apart from claims for prejudgment interest.

[66] However, in a letter provided to the Court after the hearing was completed, counsel indicated instead that “individual class members will have suffered different damages (corresponding losses) either before or after June 1, 1995, particularly those who have not signed agreements with Samson and therefore have never received PCDs, should she find them to be members of the class” [*sic*].

[62] Dans ses observations en réponse, l’avocat de M. Buffalo a proposé une autre modification à la définition du groupe de façon à inclure M. Buffalo [TRADUCTION] « en son nom personnel et au nom de toutes les personnes qui sont devenues membres de la Nation crie de Samson à compter du 29 juin 1987 et qui n’ont pas été reconnues à ce titre à un moment ou l’autre entre le 29 juin 1987 et le 1^{er} juin 1995 inclusivement ».

[63] L’avocat a ensuite suggéré la création d’un sous-groupe composé des membres du groupe qui n’ont jamais signé d’ententes de règlement avec la Nation crie de Samson. Lorsque la Cour a demandé à l’avocat s’il serait nécessaire de nommer un représentant demandeur distinct pour ce sous-groupe, étant donné que M. Buffalo n’en serait pas membre, l’avocat a répondu qu’il appartiendrait à la Cour de décider si cette mesure était appropriée. Aucune personne n’a été proposée comme représentant acceptable pour le sous-groupe.

[64] Étant donné que la définition proposée du groupe a évolué, l’avocat des défendeurs a été autorisé à présenter des observations supplémentaires à titre de contre-preuve.

[65] Au cours de l’audience, la Cour a demandé au demandeur s’il voulait que chacun des membres du groupe puisse faire valoir une demande de dommages-intérêts nés au cours de la période postérieure au 1^{er} juin 1995. L’avocat de M. Buffalo a répondu que, d’après ce qu’il avait compris, les demandes de dommages-intérêts seraient limitées à celles qui sont nées au plus tard le 1^{er} juin 1995 pour tous les membres du groupe, sauf en ce qui a trait aux demandes d’intérêts avant jugement.

[66] Cependant, dans une lettre remise à la Cour après la fin de l’audience, l’avocat a plutôt souligné que [TRADUCTION] « les membres du groupe auront subi différents préjudices (pertes correspondantes) avant ou après le 1^{er} juin 1995, notamment les personnes qui n’ont pas signé d’ententes avec Samson et qui n’ont donc jamais reçu de montants au titre des allocations par tête, si la Cour conclut qu’elles sont membres du groupe ».

[67] While I will return to this issue when examining the suitability of Mr. Buffalo as a representative plaintiff, I should preface my analysis regarding the existence of an identifiable class by expressing my very real concern with respect to the lack of thought that appears to have been given to the question of class definition by the plaintiff.

[68] As I observed at the outset, the definition of the class is critical in a class action for a number of different reasons. The proposed class definition in this case has been a moving target, with the plaintiff continually modifying the proposed class definition in an attempt to address concerns raised with respect to the proposed definition by the opposing parties and by the Court.

[69] I have a second concern in approaching this issue, which arises out of the failure of Mr. Buffalo to identify any issues of fact or law common to all of the class members. This concern will be addressed in greater detail in the next section of this decision. However, it should be noted at this juncture that there must be some rational relationship between the identifiable class and the common issues. This is because the definition of the identifiable class will often depend in part upon the identification of common issues, and *vice versa*: see *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), at paragraph 48; leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] 1 S.C.R. vi.

[70] As a result, the failure on the part of Mr. Buffalo to identify any common issues for resolution through a class proceeding makes the proper identification of the class more difficult.

[71] I am also concerned that the class definition ultimately proposed by Mr. Buffalo does not relate to essential facts giving rise to the claim, as it has been framed by the plaintiff. As I understand it, central to the plaintiffs' claim is the inclusion of certain Band members' names on the Band List maintained by DIAND, which was used in the calculation of royalties payable to the Band in relation to the Pigeon Lake Reserve. This in turn gave rise to an enhanced *per capita* share of oil royalties having been paid to the Samson Cree Nation, allegedly resulting in the unjust enrichment of the Band.

[67] Je reviendrai sur ce point lorsque je m'attarderai à la question de savoir si M. Buffalo peut être considéré comme un représentant demandeur. Cependant, avant de débiter mon analyse concernant l'existence d'un groupe identifiable, il m'apparaît impérieux d'exprimer ma préoccupation très réelle au sujet de la réflexion insuffisante que le demandeur semble avoir accordée à la question de la définition du groupe.

[68] Comme je l'ai souligné au début, la définition du groupe est essentielle dans un recours collectif pour plusieurs raisons différentes. La définition proposée en l'espèce a évolué, le demandeur l'ayant modifiée constamment afin de répondre aux préoccupations soulevées par les parties adverses et par la Cour.

[69] Je suis également préoccupée par le fait que M. Buffalo n'a proposé aucun point de droit ou de fait commun pour tous les membres du groupe. Je commenterai cette question dans la section suivante de la présente décision. Cependant, il convient de souligner à ce moment-ci qu'un lien rationnel doit exister entre le groupe identifiable et les points communs. Il en est ainsi parce que la définition du groupe identifiable dépendra souvent en partie de la détermination des points communs, et *vice versa* : voir *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), au paragraphe 48; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] 1 R.C.S. vi.

[70] En conséquence, étant donné que M. Buffalo n'a pas proposé de points communs à résoudre dans le cadre d'un recours collectif, il est plus difficile de définir correctement le groupe.

[71] De plus, la définition que M. Buffalo a finalement proposée n'est pas liée aux faits essentiels donnant lieu à la réclamation formulée par le demandeur. Si j'ai bien compris, cette réclamation repose en grande partie sur l'inclusion des noms de certains membres de la bande sur la liste de bande des effectifs tenue par le MAIN, laquelle liste a été utilisée aux fins du calcul des redevances à payer à la bande à l'égard de la réserve du lac Pigeon. Cette façon de procéder a donné lieu au paiement d'une part accrue des redevances pétrolières par tête et, apparemment, à l'enrichissement sans cause de la bande.

[72] Also important to the claim, and thus to the proper identification of the class, is the corresponding non-recognition of class members by the Band after the members were recognized by the Minister, which allegedly resulted in PCD payments and other benefits being denied to these individuals, and the corresponding unjust enrichment of the Samson Cree Nation.

[73] Despite the difficulties identified above, and keeping in mind the teachings of the Supreme Court of Canada that the requirement that there be an identifiable class is not an onerous one, I am nevertheless satisfied that there is an identifiable class of two or more persons in this matter, which class is not unlimited, and which can be defined by reference to objective criteria.

[74] This class can properly be described as:

All persons who became members of the Samson Cree Nation between June 29, 1987 and June 1, 1995, inclusive, whose names were recorded on the membership list maintained by the Minister of Indian Affairs and Northern Development at any time during this period, and who were not recognized as members of the Band by the Samson Cree Nation at any point between the time that the member's name was added to the membership list maintained by the Minister and June 1, 1995.

[75] As noted above, in his reply submissions, Mr. Buffalo also proposed the creation of a subclass, which, he says, would be confined to the approximately 42 individuals who have never signed settlement agreements with the Samson Cree Nation.

[76] The creation of subclasses is governed by subsection 334.16(3) [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules*, which permits the creation of subclasses “whose members have claims that raise common questions of law or fact that are not shared by all of the class members so that the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented”.

[77] There is an issue in this litigation as to the binding effect of the settlement agreements and releases that have been signed by some members of the putative class,

[72] Un autre aspect important de la réclamation et, par conséquent, de la définition du groupe réside dans le fait que la bande n'a pas reconnu comme membres certaines personnes que le ministre avait reconnues à ce titre, de sorte que celles-ci se seraient vu refuser des paiements à l'égard des allocations par tête et d'autres avantages et que la Nation crie de Samson aurait ainsi bénéficié d'un enrichissement sans cause.

[73] Malgré les problèmes relevés plus haut et eu égard au fait que l'exigence relative au groupe identifiable n'est pas lourde, comme l'a dit la Cour suprême du Canada, je suis convaincue malgré tout qu'il existe en l'espèce un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes, lequel groupe est circonscrit et défini par rapport à un critère objectif.

[74] Ce groupe peut être décrit comme suit :

Toutes les personnes qui sont devenues membres de la Nation crie de Samson entre le 29 juin 1987 et le 1^{er} juin 1995 inclusivement, dont le nom a été inscrit sur la liste des effectifs tenue par le ministère des Affaires indiennes et du Nord pendant cette période et qui n'ont pas été reconnues comme membres de la bande par la Nation crie de Samson à un moment ou l'autre entre la date à laquelle leur nom a été ajouté à la liste tenue par le ministre et le 1^{er} juin 1995.

[75] Tel qu'il est mentionné plus haut, M. Buffalo a également proposé, dans ses observations en réponse, la création d'un sous-groupe qui se limiterait selon lui aux quelque 42 personnes qui n'ont jamais signé d'ententes de règlement avec la Nation crie de Samson.

[76] La création de sous-groupes est régie par le paragraphe 334.16(3) [édicte par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, qui permet la création de sous-groupes « de membres dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait communs que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que la protection des intérêts du sous-groupe exige qu'ils aient un représentant distinct ».

[77] Les parties ne s'entendent pas en l'espèce sur la force obligatoire des ententes de règlement et décharges qu'ont signées certains membres du groupe envisagé, y

including Mr. Buffalo, in favour of the Samson Cree Nation. (Although not referred to by Mr. Buffalo in relation to the question of class definition, there is also an issue with respect to the legal effect of releases signed by members of the proposed class in favour of the Crown in the context of the suspense account litigation.)

[78] The difficulty with the subclass proposed by Mr. Buffalo is that it purports to create a subclass of individuals whose claims do not raise the common issue, rather than a subclass whose members' claims do raise the common issue. He has also not explained why protection of the interests of the proposed subclass members requires that they be separately represented. As a result, Mr. Buffalo has not satisfied me of the existence of a subclass that meets the requirements of subsection 334.16(3).

[79] Before leaving this issue, I should note that because the class definition identified by the Court contains a clear temporal limitation, I do not agree with the defendants that the composition of the class would be forever changing or that any individuals who are born and added to the DIAND list after June of 1995 would become members of the class. On the basis of the Court's class definition, no one added to the DIAND membership list after June 1, 1995, would be eligible for inclusion in the class.

(c) Do the Claims of the Class Members Raise Common Questions of Law or Fact?

[80] To be appropriate for certification as a class action, a case must raise issues of fact or law common to all class members: see *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, at paragraph 39.

[81] Indeed, the question of commonality of issues has been described as lying at the heart of a class proceeding: see *Manuge*, at paragraph 26 and *Campbell v. Flexwatt Corp.*, [1998] 6 W.W.R. 275 (B.C.C.A.), at paragraph 52; leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] S.C.C.A. No. 13 (QL).

compris M. Buffalo, en faveur de la Nation crie de Samson. (Bien que M. Buffalo n'ait pas mentionné cet aspect relativement à la question de la définition du groupe, l'effet juridique des décharges signées par les membres du groupe envisagé en faveur de la Couronne dans le contexte du litige concernant le compte d'attente est également contesté.)

[78] Cependant, le sous-groupe dont M. Buffalo envisage la création se compose de personnes dont les réclamations ne soulèvent pas de point commun. De plus, M. Buffalo n'a pas expliqué pourquoi il est nécessaire que ces personnes soient représentées séparément pour que leurs intérêts soient protégés. En conséquence, il ne m'a pas convaincue de l'existence d'un sous-groupe qui respecte les exigences du paragraphe 334.16(3) des Règles.

[79] Avant de conclure sur cette question, j'aimerais souligner que, étant donné que la définition du groupe formulée par la Cour comporte une limitation temporelle claire, je ne partage pas l'avis des défendeurs selon lequel la composition du groupe évoluerait sans cesse ou selon lequel des personnes qui sont nées et ont été ajoutées à la liste du MAIN après juin 1995 deviendraient membres du groupe. Compte tenu de la définition formulée par la Cour, aucune personne ajoutée à la liste du MAIN après le 1^{er} juin 1995 ne pourrait faire partie du groupe.

c) Les réclamations des membres du groupe soulèvent-elles des points de droit ou de fait communs?

[80] Pour pouvoir être autorisée comme recours collectif, l'instance doit soulever des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe : voir *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, au paragraphe 39.

[81] Effectivement, l'existence de questions communes est considérée comme l'aspect crucial d'un recours collectif : voir *Manuge*, au paragraphe 26 et *Campbell v. Flexwatt Corp.*, [1998] 6 W.W.R. 275 (C.A.C.-B.), au paragraphe 52; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] S.C.C.A. n° 13 (QL).

[82] In identifying whether a given case raises issues of fact or law common to all class members, the Court should approach the matter purposively. As the Supreme Court of Canada observed, at paragraph 39 of the *Western Canadian Shopping Centres Inc.* case, the question is “whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis.” According to the Supreme Court, an issue will be “‘common’ only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim.”

[83] The Supreme Court (at paragraph 39) went on to note that:

It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party. Nor is it necessary that common issues predominate over non-common issues or that the resolution of the common issues would be determinative of each class member’s claim. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify a class action. Determining whether the common issues justify a class action may require the court to examine the significance of the common issues in relation to individual issues. In doing so, the court should remember that it may not always be possible for a representative party to plead the claims of each class member with the same particularity as would be required in an individual suit.

[84] To be appropriate for certification, the common issues do not have to determine the question of liability for all of the members of the class, or otherwise dispose of the action: see *Campbell v. Flexwatt Corp.*, previously cited.

[85] The determination of the common issue or issues does, however, have to have sufficient significance in relation to the claim being asserted such that its resolution will advance the litigation in a meaningful way: see *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1999), 44 O.R. (3d) 173 (S.C.J.), at paragraph 63 and *Rosedale Motors Inc. v. Petro-Canada Inc.*, [2001] O.J. No. 5368 (Div. Ct.) (QL).

[86] In this case, Mr. Buffalo’s memorandum of fact and law identifies what he says are the common issues

[82] Au moment de se demander si une affaire donnée soulève des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe, la Cour devrait s’attarder à l’objet visé. Comme la Cour suprême du Canada l’a fait remarquer au paragraphe 39 de l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, la question sous-jacente est de savoir « si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition de l’appréciation des faits ou de l’analyse juridique ». Selon la Cour suprême, une question ne sera donc « ‘commune’ que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe ».

[83] La Cour suprême a ensuite formulé les remarques suivantes (au paragraphe 39) :

Il n’est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse. Il n’est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l’importance des questions communes par rapport aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu’il n’est pas toujours possible pour le représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle.

[84] Pour que l’instance puisse être autorisée comme recours collectif, il n’est pas nécessaire que les points communs visent à trancher la question de la responsabilité pour tous les membres du groupe ou à sceller par ailleurs l’issue du litige : voir *Campbell v. Flexwatt Corp.*, précité.

[85] Cependant, la question commune doit être suffisamment importante par rapport à la réclamation pour que sa résolution permette de faire évoluer le litige de manière significative : voir *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1999), 44 R.J.O. (3^e) 173 (C.S.J.), au paragraphe 63 et *Rosedale Motors Inc. v. Petro-Canada Inc.*, [2001] O.J. n° 5368 (C. div.) (QL).

[86] Dans la présente affaire, M. Buffalo donne la description suivante des points communs dans son

in the following terms: “on questions of fact, the members of the proposed class are all members of Samson” and “on questions of law, they are all governed by the same federal statutory regime and they are all owed the same fiduciary obligations”.

[87] In his oral submissions, counsel for Mr. Buffalo identified the common issues of fact as being “on behalf of all these people the Samson Cree Nation received oil royalties” and “until they signed agreements, members of the class did not receive any benefits from the Samson Cree Nation”.

[88] With respect, while the foregoing may relate to common attributes of the putative class, none of the matters identified by counsel for Mr. Buffalo are common issues which require resolution in order to move this litigation forward in a meaningful way. Indeed, I do not understand any of these so-called “common issues” to be seriously in dispute in this case.

[89] To be appropriate for certification in a class action, common issues require precise definition for inclusion in the certifying order and are usually framed in the form of questions to be answered in the course of the litigation.

[90] By way of example, in *Harrington v. Dow Corning Corp.*, [1996] 8 W.W.R. 485 (B.C.S.C.); affd (2000), 193 D.L.R. (4th) 67 (B.C.C.A.), one of the questions certified by the British Columbia Supreme Court [at paragraph 41] was “Are silicone gel breast implants reasonably fit for their intended purpose?”

[91] Similarly, in *Manuge*, this Court certified a number of questions including, amongst others, “Does the Crown owe fiduciary duties to the plaintiff and the class and has the Crown breached the fiduciary duties owed to the Class by implementing Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102?”, “Has the

mémoire : [TRADUCTION] « en ce qui concerne les questions de fait, les membres du groupe envisagé sont tous des membres de Samson » et « en ce qui concerne les questions de droit, ils sont tous visés par le même régime législatif fédéral et peuvent tous invoquer les mêmes obligations fiduciaires à leur endroit ».

[87] Au cours de sa plaidoirie, l’avocat de M. Buffalo a décrit les questions de fait communes comme des questions soulevées [TRADUCTION] « au nom de toutes les personnes de la Nation crie de Samson qui ont reçu des redevances pétrolières », et en précisant que [TRADUCTION] « jusqu’à ce qu’ils signent des ententes, les membres du groupe n’ont reçu aucun avantage de la Nation crie de Samson ».

[88] Cependant, même si les déclarations susmentionnées portent peut-être sur les caractéristiques communes du groupe envisagé, aucune des questions relevées par l’avocat de M. Buffalo n’est une question commune qui doit être résolue afin que le litige puisse progresser de manière significative. Effectivement, je crois qu’aucune de ces questions appelées « questions communes » ne soit sérieusement contestée en l’espèce.

[89] Pour que l’instance puisse être autorisée comme recours collectif, les points communs doivent être définis de manière précise en vue de leur inclusion dans l’ordonnance d’autorisation et sont habituellement présentés sous forme de questions à trancher au cours du litige.

[90] À titre d’exemple, dans *Harrington v. Dow Corning Corp.*, [1996] 8 W.W.R. 485 (C.S.C.-B.); conf. par (2000), 193 D.L.R. (4th) 67 (C.A.C.-B.), une des questions autorisées par la Cour suprême de la Colombie-Britannique [au paragraphe 41] était la suivante : [TRADUCTION] « Les prothèses mammaires en gel de silicone sont-elles raisonnablement adaptées à leur objet? »

[91] Dans la même veine, dans *Manuge*, la Cour fédérale a autorisé un certain nombre de questions, notamment « La Couronne a-t-elle des obligations fiduciaires envers le demandeur et le groupe et a-t-elle manqué aux obligations fiduciaires qu’elle a envers le groupe, par suite de l’application de l’alinéa 24a)(iv) de

Crown [been] unjustly enriched and is an order for restitution appropriate?” and “Is the Crown liable for general damages for discrimination, breach of fiduciary duties and bad faith?” [see the order of the Federal Court].

[92] No such common issues have been identified by the plaintiff in this case.

[93] As was noted at the outset of this analysis, the onus is on the plaintiff to show some basis for each of the certification requirements, including the existence of common issues of fact or law common to all class members, the resolution of which will advance the litigation in a meaningful way.

[94] Whatever common issues of fact or law may in fact exist in this matter, having failed to identify any such issues on this motion, Mr. Buffalo has clearly failed to satisfy the onus on him in this regard.

[95] As was noted earlier, the test for certification is conjunctive. Mr. Buffalo having failed to satisfy this component of the test, it follows that his motion must be dismissed. However, in the event that a reviewing court may take a different view of the matter, I will proceed to address the remaining components of the test.

(d) Is a Class Action the Preferable Procedure for the Fair and Efficient Resolution of the Common Questions of Law or Fact?

[96] The question of preferable procedure was the primary focus of the defendants’ submissions on this motion.

[97] In *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728 (S.C.J.), Justice Winkler (as he then was), described the consideration of whether a class proceeding

la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM », « La Couronne s’est-elle enrichie sans cause, et une ordonnance de restitution est-elle justifiée? » et « la Couronne devrait-elle être tenue de verser des dommages-intérêts généraux pour discrimination, violation d’obligations fiduciaires et mauvaise foi? » [voir l’ordonnance de la Cour fédérale].

[92] Le demandeur n’a soulevé aucune question commune de cette nature en l’espèce.

[93] Comme je l’ai souligné au début de la présente analyse, il incombe aux demandeurs de prouver un fondement à l’appui de chacun des critères de l’autorisation, y compris l’existence de questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe, dont la résolution permettra de faire avancer le litige de manière significative.

[94] Quelles que soient les questions de fait ou de droit communes pouvant exister en l’espèce, étant donné que M. Buffalo n’a proposé aucune question de cette nature dans le cadre de la présente requête, il est évident qu’il ne s’est pas déchargé du fardeau qui lui incombait à cet égard.

[95] Tel qu’il est mentionné plus haut, le test applicable à l’autorisation d’une instance comme recours collectif est conjonctif. Étant donné que M. Buffalo n’a pas prouvé cet élément du test, la présente requête doit être rejetée. Cependant, pour le cas où un tribunal de révision verrait les choses différemment, je vais analyser les autres éléments du test.

d) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait communs?

[96] Les arguments des défendeurs au sujet de la présente requête ont porté principalement sur la question du meilleur moyen de régler les questions communes.

[97] Dans *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728 (C.S.J.), le juge Winkler (alors juge de la Cour supérieure) a décrit l’examen visant à déterminer

is the preferable procedure as “a matter of broad discretion”, at paragraph 29.

[98] In determining whether a class action is the preferable procedure to be followed in this case, subsection 334.16(2) [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules* directs that the Court consider:

334.16 (1) ...

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

(a) the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings;

(c) the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceeding;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[99] The focus of the parties’ submissions was on the factor identified in paragraph 334.16(2)(a), namely whether the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members.

Do the Common Questions Predominate Over Questions Affecting Only Individual Members?

[100] In the *Hollick* decision cited earlier, the Supreme Court of Canada directed lower courts not to take an overly restrictive approach to questions as to the preferable procedure at the certification stage. The

si un recours collectif est le meilleur moyen de trancher les questions communes comme un processus [TRADUCTION] « de nature largement discrétionnaire » (au paragraphe 29).

[98] Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen en l’espèce, la Cour fédérale doit, selon le paragraphe 334.16(2) [édicte par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, tenir compte des éléments suivants :

334.16 (1) [...]

(2) Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :

a) la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) la proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;

c) le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l’objet d’autres instances;

d) l’aspect pratique ou l’efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;

e) les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d’autres mesures de redressement.

[99] Les arguments des parties à cet égard ont porté principalement sur le facteur mentionné à l’alinéa 334.16(2)a des Règles, soit la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres.

Les questions communes prédominent-elles sur les questions qui ne concernent que certains membres?

[100] Dans l’arrêt *Hollick*, susmentionné, la Cour suprême du Canada a précisé que les tribunaux inférieurs ne devraient pas donner une interprétation trop restrictive du « meilleur moyen » et que cette exigence pouvait être

Supreme Court noted that the preferability requirement could be met, even in cases where there were substantial issues requiring an individualized assessment, as long as the resolution of the common issues would significantly advance the action.

[101] In *Cloud*, the Ontario Court of Appeal observed that the assessment of the relationship between common and individual issues is a qualitative and not a quantitative inquiry, and that the importance of the common issues must be considered in relation to the claim as a whole: see paragraph 84.

[102] However, the Ontario Court of Appeal also observed in *Cloud* that the determination of whether the resolution of the common issues will significantly advance the action can only be carried out in light of the specific common issues identified. In this regard, the Court observed that “without an articulation of what the common issues are, any assessment of their relative importance in the context of the entire claim cannot be properly made”, at paragraph 77.

[103] This observation is particularly apposite in this case, as the failure of Mr. Buffalo to identify any common issues of fact or law requiring resolution through the class proceeding has made the qualitative assessment of the preferable procedure component of the test for certification virtually impossible.

[104] That said, it does bear noting that there are significant issues raised by this litigation that will require individualized assessment.

(i) The Limitations Issues

[105] As was noted above, Mr. Buffalo’s claim relates, in part, to the denial of PCDs that he says were owed to him by the Samson Cree Nation between May 1, 1988 and June 1, 1995. His statement of claim was not issued until May 24, 2006, nearly 11 years after he was recognized as a member by the Samson Cree Nation, and as such began receiving PCDs.

respectée même lorsque des questions importantes nécessitant une évaluation individuelle existaient, pourvu que le règlement des questions communes permette de faire progresser substantiellement l’instance.

[101] Dans *Cloud*, la Cour d’appel de l’Ontario a fait remarquer que l’évaluation du lien entre les questions communes et les questions individuelles est une démarche qualitative et non quantitative et que l’importance des questions communes doit être examinée par rapport à l’ensemble de la réclamation (voir le paragraphe 84).

[102] Cependant, la Cour d’appel de l’Ontario a ajouté que la mesure dans laquelle le règlement des questions communes fera progresser substantiellement l’instance ne peut être déterminée qu’à la lumière des questions communes précises qui ont été formulées. À cet égard, elle a précisé que [TRADUCTION] « si les questions communes ne sont pas formulées avec précision, il sera impossible à toutes fins utiles d’en apprécier l’importance relative dans le contexte de l’ensemble de la réclamation », au paragraphe 77.

[103] Cette remarque est particulièrement pertinente en l’espèce car, étant donné que M. Buffalo n’a formulé aucun point de droit ou de fait commun devant être résolu au moyen du recours collectif, il est pour ainsi dire impossible de procéder à une évaluation qualitative du critère du meilleur moyen aux fins de la requête en autorisation.

[104] Cela étant dit, il convient de souligner que la présente instance soulève des questions importantes qui nécessiteront une évaluation individuelle.

i) Les questions liées à la prescription

[105] Tel qu’il est mentionné plus haut, la réclamation de M. Buffalo concerne, en partie, le refus des allocations par tête que lui devait selon lui la Nation crie de Samson pour la période allant du 1^{er} mai 1988 au 1^{er} juin 1995. La déclaration de M. Buffalo n’a été délivrée que le 24 mai 2006, près de 11 ans après qu’il eut été reconnu membre par la Nation crie de Samson

[106] In accordance with subsection 39(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 38] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to proceedings in the Federal Court in respect of any cause of action arising in that province.

[107] In so far as the claim relates to the Crown, section 32 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. *idem*, s. 21)], provides that the laws relating to the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province.

[108] In this case, the provincial limitations legislation in issue is the Alberta *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12. Section 3(1) of the Act provides that:

3(1) Subject to section 11, if a claimant does not seek a remedial order within

(a) 2 years after the date on which the claimant first knew, or in the circumstances ought to have known,

(i) that the injury for which the claimant seeks a remedial order had occurred,

(ii) that the injury was attributable to conduct of the defendant, and

(iii) that the injury, assuming liability on the part of the defendant, warrants bringing a proceeding,

or

(b) 10 years after the claim arose,

whichever period expires first, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

et qu'il eut commencé à recevoir des allocations à ce titre.

[106] Conformément au paragraphe 39(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 38] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre les particuliers s'appliquent à toute instance devant la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province.

[107] Dans la mesure où la réclamation concerne la Couronne, l'article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod., *idem*, art. 21)], prévoit que les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province.

[108] Dans la présente affaire, la loi provinciale qui s'applique en matière de prescription est la *Limitations Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-12, dont l'article 3(1) est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

3(1) Sous réserve de l'article 11, si la demande d'ordonnance remédiate n'est pas présentée :

(a) dans les deux années suivant la date à laquelle le demandeur a appris ou, eu égard aux circonstances, aurait dû apprendre :

(i) que le préjudice visé par la demande a été subi,

(ii) que le préjudice est attribuable à la conduite du défendeur, et

(iii) que le préjudice, à supposer que le défendeur en soit responsable, justifie l'introduction d'une instance,

ou

(b) dans les dix années suivant la date à laquelle la cause d'action a pris naissance,

selon l'événement qui se produit en premier lieu, le défendeur, en invoquant la présente loi comme moyen de défense, est exonéré de toute responsabilité à l'égard de la demande.

[109] Section 11 of the Act further provides that:

11 If, within 10 years after the claim arose, a claimant does not seek a remedial order in respect of a claim based on a judgment or order for the payment of money, the defendant, on pleading this Act as a defence, is entitled to immunity from liability in respect of the claim.

[110] The defendants assert that Mr. Buffalo was in possession of all of the essential facts necessary to initiate this action by August of 2000, when he retained counsel and initiated the suspense account litigation. Having failed to commence this action within two years of when he knew, or ought to have known of essential facts giving rise to the claim, the defendants say that the claim is statute barred.

[111] In the alternative, the defendants assert that Mr. Buffalo's claim is barred by section 3(1)(b) of the *Limitations Act*, which, they say, bars any claim brought more than 10 years after the occurrence of the last wrong complained of. According to the defendants, the last possible date upon which Mr. Buffalo's claim could have arisen was June 1, 1995, namely the date upon which he executed his agreement with the Samson Cree Nation and began receiving PCDs. As the statement of claim was not issued until May 24, 2006, the defendants say that Mr. Buffalo's claim is out of time.

[112] Finally, in the event that Mr. Buffalo's claim falls within the transitional provisions of the *Limitations Act*, the defendants say that the applicable limitation period is the earlier of the period prescribed under the predecessor legislation or that prescribed in the new legislation. In this case, the earlier period would be the six-year period for the commencement of claims relating to the breach of fiduciary duty, with the result that Mr. Buffalo's claim became statute-barred on June 1, 2001.

[109] L'article 11 de cette même Loi prévoit également ce qui suit :

[TRADUCTION]

11 Si, dans les dix années suivant la date à laquelle la cause d'action a pris naissance, le demandeur ne sollicite pas d'ordonnance remédialrice à l'égard d'une réclamation fondée sur un jugement ou une ordonnance prévoyant le paiement d'une somme d'argent, le défendeur, en invoquant la présente loi comme moyen de défense, est exonéré de toute responsabilité à l'égard de la demande.

[110] Les défendeurs soutiennent que M. Buffalo était au courant de tous les faits essentiels nécessaires pour engager la présente action avant août 2000, lorsqu'il a retenu les services d'un avocat et intenté le litige concernant le compte d'attente. Étant donné qu'il n'a pas intenté la présente action dans les deux années suivant la date à laquelle il a appris ou aurait dû apprendre les faits essentiels donnant lieu à la réclamation, celle-ci est prescrite, ajoutent-ils.

[111] Subsidièrement, les défendeurs font valoir que la réclamation de M. Buffalo est prescrite par application de l'article 3(1)(b) de la *Limitations Act* qui, selon eux, interdit l'introduction de toute réclamation plus de dix ans après la survenance du dernier préjudice subi. De l'avis des défendeurs, la dernière date à laquelle la réclamation de M. Buffalo aurait pu naître était le 1^{er} juin 1995, soit la date à laquelle il a signé son entente avec la Nation crie de Samson et a commencé à recevoir des sommes au titre des allocations par tête. La déclaration n'ayant été délivrée que le 24 mai 2006, les défendeurs font valoir que la réclamation de M. Buffalo est prescrite.

[112] Enfin, pour le cas où la réclamation de M. Buffalo serait visée par les dispositions transitoires de la *Limitations Act*, les défendeurs allèguent que le délai de prescription applicable est le délai prévu dans la loi précédente ou celui qui est prévu dans la nouvelle, selon celui qui survient le premier. Dans la présente affaire, le premier délai dans le temps serait le délai de six ans applicable à l'introduction d'actions relatives à la violation d'une obligation fiduciaire, de sorte que la réclamation de M. Buffalo est devenue prescrite le 1^{er} juin 2001.

[113] The defendants also argue that an individualized assessment would have to be carried out with respect to each and every member of the class, in order to determine what each individual knew and when they knew it, so as to determine whether they had a viable cause of action as of the date upon which Mr. Buffalo's statement of claim was issued.

[114] In response, Mr. Buffalo submits that his cause of action did not arise until December of 2005, when he received a copy of a document entitled "Samson Cree Nation Information on the Capital Account from 1969 to 2003".

[115] Mr. Buffalo also relies on section 4 of the Alberta *Limitations Act*, which provides that:

4(1) The operation of the limitation period provided by section 3(1)(b) is suspended during any period of time that the defendant fraudulently conceals the fact that the injury for which a remedial order is sought has occurred.

(2) Under this section, the claimant has the burden of proving that the operation of the limitation period provided by section 3(1)(b) was suspended.

[116] According to Mr. Buffalo, given that his claim asserts that the defendants fraudulently concealed the fact that the Samson Cree Nation was receiving royalties based upon membership numbers that included the members of the class, the limitation period did not start to run until 2005.

[117] Finally, Mr. Buffalo argues that no individualized assessment is required with respect to the limitations question as it relates to the issue of fraudulent concealment. According to Mr. Buffalo, a finding that the limitations period had not run in relation to his personal claim would govern all of the other members of the class.

[118] I do not agree with Mr. Buffalo that a finding in his favour in relation to the limitations issues would bind all of the members of the class. If this were correct, a person who may have had full actual knowledge as far back as 1995 of all of the matters alleged in Mr. Buffalo's statement of claim, whose claim would otherwise be

[113] Les défendeurs ajoutent qu'une évaluation individuelle devrait être menée à l'égard de chaque membre du groupe en vue de déterminer ce que chacune de ces personnes savait et à quel moment elle l'a appris, ce qui permettrait de savoir si elles avaient une cause d'action viable à la date à laquelle la déclaration de M. Buffalo a été délivrée.

[114] M. Buffalo répond que sa cause d'action n'est née qu'en décembre 2005, lorsqu'il a reçu une copie d'un document intitulé « Samson Cree Nation Information on the Capital Account from 1969 to 2003 ».

[115] M. Buffalo invoque également l'article 4 de la *Limitations Act* de l'Alberta, dont voici le texte :

[TRADUCTION]

4(1) L'application du délai de prescription prévu à l'alinéa 3(1)(b) est suspendue pendant la période au cours de laquelle le défendeur a dissimulé frauduleusement le préjudice visé par la demande d'ordonnance remédiate.

(2) En vertu du présent article, il incombe au demandeur de prouver que l'application du délai de prescription prévu à l'alinéa 3(1)(b) a été suspendue.

[116] Selon M. Buffalo, étant donné qu'il allègue dans sa déclaration que les défendeurs ont dissimulé frauduleusement le fait que la Nation crie de Samson touchait des redevances calculées en fonction des données couvrant les membres du groupe, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'en 2005.

[117] En dernier lieu, M. Buffalo fait valoir qu'aucune évaluation individuelle n'est nécessaire en ce qui a trait à la question de la prescription relative à la dissimulation frauduleuse. À son avis, une conclusion portant que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir dans le cas de sa réclamation personnelle vaudrait pour tous les autres membres du groupe.

[118] Contrairement à ce que M. Buffalo soutient, je ne crois pas qu'une conclusion en sa faveur en ce qui a trait aux questions relatives à la prescription lierait tous les membres du groupe. Si tel était le cas, une personne qui aurait été parfaitement au courant dès 1995 de tous les faits allégués dans la déclaration de M. Buffalo et

statute-barred, could have that claim resurrected simply by virtue of that individual's membership in the class.

[119] Whatever other advantages may be afforded by class proceedings, the *ex post facto* resurrection of statute-barred claims is not one of them.

[120] Moreover, section 4(2) of the *Limitations Act* makes it clear that it is the claimant who has the burden of proving that the operation of the limitation period provided by section 3(1)(b) was suspended as a result of fraudulent concealment by a defendant.

[121] Thus, there will clearly be a question as to when each of the individual members of the class knew, or ought to have known, of the essential facts giving rise to their cause of action. The issue of discoverability cannot be determined in a global fashion: see *Daniels v. Canada (Attorney General)*, [2003] 6 W.W.R. 72 (Sask. Q.B.), at paragraph 65. Rather, it requires the individualized assessment of the state of knowledge of each member of the class or subclass: see also *Signalta Resources Limited v. Dominion Exploration Canada Ltd.*, [2007] ABQB 636 and *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579 (B.C.C.A.).

(ii) The Claims for Lost Benefits

[122] Unlike PCDs, which are paid out equally to each recognized member of the Samson Cree Nation in accordance with a fixed formula, benefits such as housing, education and social assistance are made available from time to time to Band members who are deemed to be entitled to such benefits.

[123] According to the affidavit of Clifford Potts, a paralegal with the Samson Cree Nation, decisions relating to the eligibility for benefits are not dependent upon or otherwise related to whether an applicant has become a member of the Samson Cree Nation by virtue of the Bill C-31 amendments to the *Indian Act*.

dont la réclamation serait par ailleurs prescrite pourrait faire ressusciter cette réclamation simplement par son appartenance au groupe.

[119] Quels que soient les autres avantages inhérents aux recours collectifs, la résurrection après coup des réclamations prescrites n'en fait pas partie.

[120] De plus, il appert clairement de l'article 4(2) de la *Limitations Act* qu'il appartient au demandeur de prouver que l'application du délai de prescription prévu à l'article 3(1)(b) a été suspendue en raison de la dissimulation frauduleuse faite par le défendeur.

[121] En conséquence, la question du moment auquel chacun des membres du groupe a appris ou aurait dû apprendre les faits essentiels donnant lieu à sa cause d'action se posera sans l'ombre d'un doute. Or, la question de la possibilité de découvrir la preuve ne peut être tranchée de manière globale : voir *Daniels v. Canada (Attorney General)*, [2003] 6 W.W.R. 72 (B.R. Sask.), au paragraphe 65. Elle nécessite plutôt une évaluation individuelle de l'état des connaissances de chaque membre du groupe ou sous-groupe : voir également *Signalta Resources Limited v. Dominion Exploration Canada Ltd.*, [2007] ABQB 636 et *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 579 (C.A.C.-B.).

ii) Les réclamations relatives aux avantages perdus

[122] Contrairement aux allocations par tête, qui sont versées sur une base égale à chaque membre reconnu de la Nation crie de Samson conformément à une formule fixe, les avantages relatifs aux aspects comme le logement, l'éducation et l'aide sociale sont offerts à l'occasion aux membres de la bande qui sont réputés y avoir droit.

[123] Selon l'affidavit de Clifford Potts, technicien juridique de la Nation crie de Samson, les décisions liées à l'admissibilité aux avantages ne dépendent pas de la question de savoir si un demandeur est devenu membre de la Nation par suite des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi C-31, ni ne sont liées par ailleurs à cette question.

[124] By way of example, funding of post-secondary education is determined on a case-by-case basis. Monetary grants and awards through the Samson Education Trust Fund may depend upon scholastic achievement, availability of grant monies and whether an individual requests funding assistance.

[125] Similarly, applications for on-reserve housing are also assessed on a case-by-case basis. Whether an individual receives funding for housing may depend upon factors such as the size of the family, the availability of funds, and whether an individual requests funding assistance.

[126] In so far as eligibility for welfare and social assistance benefits is concerned, such benefits are awarded based on criteria including where an individual resides, whether an individual demonstrates the requisite financial need, and whether an individual has actually requested benefits.

[127] As a consequence, it is very clear that to the extent that the claim relates to lost benefits, an individualized assessment will have to be carried out with respect to the claims of each individual member of the class.

(iii) The Release Issues

[128] Finally, there will be issues with respect to the enforceability of releases signed by certain members of the class in favour of the Samson Cree Nation that will require individualized assessment. Indeed, counsel for Mr. Buffalo conceded in argument that it would be necessary to look at the personal circumstances of each claimant in relation to the negotiation and execution of each release.

[129] Similarly, it will also be necessary to examine the individual situation of any individuals who were involved in the suspense account litigation, who may have signed releases in favour of the Crown.

[124] À titre d'exemple, le financement des études post-secondaires est déterminé sur une base individuelle. Les subventions et bourses accordées par l'entremise du Samson Education Trust Fund peuvent dépendre du rendement scolaire, de la disponibilité des fonds et de l'existence d'une demande d'aide financière présentée par la personne concernée.

[125] Dans la même veine, les demandes relatives à un logement sur la réserve sont également évaluées sur une base individuelle. La question de savoir si une personne recevra des fonds au titre du logement peut dépendre de facteurs comme le nombre de membres de la famille, la disponibilité des fonds et l'existence d'une demande d'aide financière de la part de la personne concernée.

[126] En ce qui concerne les prestations d'aide sociale, elles sont accordées en fonction de critères comme le lieu de résidence de la personne, les besoins financiers démontrés de celle-ci et le fait qu'elle a présenté ou non une demande de prestations.

[127] En conséquence, il est indéniable que, dans la mesure où la réclamation se rapporte aux avantages perdus, une évaluation individuelle devra être menée pour chaque membre du groupe.

iii) Les questions liées à la décharge

[128] Enfin, des questions se poseront quant à l'opposabilité des décharges signées par certains membres du groupe en faveur de la Nation crie de Samson, et ces questions devront être évaluées de manière individuelle. Effectivement, l'avocat de M. Buffalo a admis au cours de sa plaidoirie qu'il serait nécessaire d'examiner la situation de chaque demandeur en ce qui a trait à la négociation et à la signature de chaque décharge.

[129] Il sera également nécessaire d'examiner la situation individuelle de toutes les personnes qui ont été mêlées d'une façon ou d'une autre au litige concernant le compte d'attente et qui ont peut-être signé des décharges en faveur de la Couronne.

Conclusion with Respect to the Predominance of the Individual Issues

[130] As was noted earlier in this analysis, in considering whether the common questions of law or fact predominate over questions affecting only individual members, the proper approach is to focus not on whether there are issues that require individualized assessment, but on whether there are common issues that could advance the litigation by their resolution.

[131] In this case, however, Mr. Buffalo has not identified any common issues of law or fact that could advance the litigation by their resolution, whereas the defendants have identified several issues that will require individualized assessment. In such circumstances, the individual issues clearly predominate, such that proceeding by way of a class action is not the preferable procedure for the just and efficient resolution of the issues in this claim.

Other Considerations Regarding the Preferable Procedure

[132] As was noted above, the focus of the parties' submissions was on the factor identified in paragraph 334.16(2)(a), namely whether the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members. However, reference was also made to the value of the potential claims as a factor militating against certification.

[133] One of the benefits of class proceedings is that it allows for claims of a relatively small size to be prosecuted in circumstances where individual actions would simply not otherwise be financially viable. Indeed, the small size of individual claims may be a factor weighing in favour of certification: see, for example *Manuge*, at paragraph 28; *Sorotski v. CNH Global N.V.*, [2008] 1 W.W.R. 386 (Sask. C.A.), at paragraph 66; and *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41 (B.C.C.A.), at paragraphs 19–20.

Conclusion concernant la prédominance des questions individuelles

[130] Tel qu'il est mentionné plus haut, pour décider si les questions de droit ou de fait communes prédominent sur celles qui touchent seulement certains membres, il convient de se demander non pas s'il existe des questions qui nécessitent une évaluation individuelle, mais plutôt s'il existe des questions communes dont le règlement permettrait de faire progresser l'instance.

[131] Toutefois, dans la présente affaire, M. Buffalo n'a proposé aucune question de fait ou de droit commune dont le règlement pourrait faire progresser l'instance, tandis que les défendeurs ont relevé plusieurs questions qui nécessiteront une évaluation individuelle. Dans ces circonstances, il est évident que les questions individuelles prédominent, de sorte que le recours collectif n'est pas le meilleur moyen de régler de façon juste et efficace les questions en litige en l'espèce.

Autres considérations concernant la procédure souhaitable

[132] Tel qu'il est mentionné plus haut, les arguments des parties ont porté principalement sur le facteur énoncé à l'alinéa 334.16(2)a) des Règles, soit la prédominance des points de droit ou de fait communs aux membres du groupe sur ceux qui ne concernent que certains membres. Cependant, la valeur des réclamations possibles a également été décrite comme un facteur militant à l'encontre de l'autorisation de l'instance comme recours collectif.

[133] Un des avantages du recours collectif est le fait qu'il permet l'examen des réclamations d'une valeur peu élevée dans des circonstances où l'action individuelle ne serait par ailleurs tout simplement pas viable. Effectivement, la valeur minimale des réclamations individuelles peut être un facteur militant en faveur de l'autorisation d'une instance comme recours collectif : voir, par exemple, *Manuge*, au paragraphe 28; *Sorotski v. CNH Global N.V.*, [2008] 1 W.W.R. 386 (C.A. Sask.), au paragraphe 66; et *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41 (C.A.C.-B.), aux paragraphes 19 et 20.

[134] Little information has been provided with respect to the size of the individual claims in issue in this case, although counsel for the plaintiff did mention at one point that Mr. Buffalo's personal claim would be worth somewhere in the vicinity of \$192 000.

[135] Mr. Buffalo's statement of claim also asserts that at least as of May of 1988, Samson's annual budget contemplated monthly PCD payments in the amount of \$500 each, along with four quarterly distributions, each in the amount of \$600.

[136] I have also been provided with the decision of Justice Slatter, then of the Alberta Court of Queen's Bench, in *Yellowbird v. Samson Cree Nation No. 444* (2006), 405 A.R. 333; aff'd (2008), 433 A.R. 350 (C.A.). Although framed differently, the *Yellowbird* action involved claims for PCDs brought by individuals whose memberships in the Samson Cree Nation were affected by Bill C-31.

[137] The judgment indicates that the value of one individual's entitlement to PCDs for the period between June of 1987 and February of 2006 was \$197 547.55, inclusive of interest.

[138] What this indicates is that the value of the individual claims in issue here may well be substantial, such that individual prosecution is indeed a viable option. Moreover, the potential size of these individual claims is such that class members could indeed have an interest in individually controlling the prosecution of separate actions.

Conclusion Regarding the Preferable Procedure

[139] For these reasons, Mr. Buffalo has not persuaded me that a class action is the preferable procedure to be followed for the just and efficient resolution of the issues in this claim.

[134] Peu de renseignements ont été fournis au sujet du montant des réclamations individuelles en litige en l'espèce, bien que l'avocat du demandeur ait mentionné à un certain moment que la réclamation personnelle de M. Buffalo s'établirait à un montant oscillant autour de 192 000 \$.

[135] M. Buffalo allègue également dans sa déclaration que, du moins en mai 1988, le budget annuel de Samson prévoyait des paiements mensuels de 500 \$ au titre des allocations par tête, ainsi que quatre distributions trimestrielles de 600 \$ chacune.

[136] J'ai également été saisie de la décision que le juge Slatter, alors juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, a rendue dans *Yellowbird v. Samson Cree Nation No. 444* (2006), 405 A.R. 333; conf. par (2008), 433 A.R. 350 (C.A.). Bien qu'elle soit formulée de manière différente, l'action intentée dans *Yellowbird* portait sur des réclamations relatives aux allocations par tête présentées par des personnes dont l'appartenance à la Nation crie de Samson a été touchée par le projet de loi C-31.

[137] Il appert de la décision que la valeur du droit d'une personne au titre des allocations par tête pour la période allant de juin 1987 à février 2006 s'élevait à 197 547,55 \$, y compris les intérêts.

[138] Il semble donc que la valeur des réclamations individuelles en litige en l'espèce pourrait être élevée, de sorte qu'une instance séparée constitue effectivement une option viable. De plus, la valeur possible de ces réclamations individuelles est telle que les membres du groupe pourraient avoir intérêt à poursuivre des actions séparées.

Conclusion au sujet de la procédure souhaitable

[139] Pour les motifs exposés ci-dessus, M. Buffalo ne m'a pas convaincue qu'un recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les questions en litige en l'espèce.

(e) Is Mr. Buffalo a Suitable Representative Plaintiff?

[140] The requirements for establishing that the proposed representative plaintiff would indeed be an appropriate one are set out in paragraph 334.16(1)(e). This provision requires that it be established that the proposed representative plaintiff:

334.16 (1) ...

(e) ...

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(ii) has prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff or applicant and the solicitor of record.

[141] Mr. Buffalo submits that he is a suitable representative plaintiff, primarily on the basis that he was found to be such by Justice Hugessen in the context of the suspense account litigation.

[142] Mr. Buffalo has sworn that he has been advised by his counsel that his interests are not in conflict with those of other members of the proposed class. He has also provided a copy of the contingency fee arrangement that he has entered into with his counsel.

[143] In so far as a litigation plan is concerned, Mr. Buffalo has suggested a method for advertising for class members, but offers no other suggestions for the prosecution of this action.

[144] I agree with the defendants that the fact that Mr. Buffalo may have been approved as a suitable representative plaintiff in the context of the suspense

e) M. Buffalo est-il un représentant demandeur acceptable?

[140] Les éléments à présenter pour établir que le représentant demandeur envisagé serait effectivement acceptable sont énoncés à l'alinéa 334.16(1)e) des Règles. Selon cette disposition, il est nécessaire d'établir que le représentant demandeur envisagé :

334.16 (1) [...]

e) [...]

(i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,

(iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

[141] M. Buffalo soutient qu'il est un représentant demandeur acceptable, en se fondant principalement sur le fait que le juge Hugessen l'a jugé acceptable dans le contexte du litige concernant le compte d'attente.

[142] M. Buffalo a déclaré sous serment que son avocat l'avait informé qu'il n'avait pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe envisagé. Il a également fourni une copie de l'entente sur les honoraires qu'il a signée avec son avocat.

[143] En ce qui a trait au plan relatif au litige, M. Buffalo a proposé une méthode pour tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance, mais n'offre aucune autre suggestion concernant la poursuite de celle-ci.

[144] Je conviens avec les défendeurs que le fait que M. Buffalo a été approuvé comme représentant demandeur acceptable dans le contexte du litige

account litigation does not mean that he is necessarily a suitable representative plaintiff in this case.

[145] First of all, there is no suggestion in the decisions of Justice Hugessen which have been provided to me that there was any objection to Mr. Buffalo acting as a representative plaintiff in that case. That is not the case here.

[146] I am also troubled by the failure of Mr. Buffalo to prepare even a rudimentary litigation plan in this matter, as required by subparagraph 334.16(1)(e)(ii). When he was questioned about this by the Court, counsel's response was that the matter was under case management, and that a litigation plan could be worked out through the case management process. At another point in his submissions, counsel referred to the *Federal Courts Rules* as providing "a template" for his litigation plan.

[147] With respect, this is simply not sufficient.

[148] I accept that a litigation plan is not to be scrutinized in great detail at the certification stage because the plan will likely be amended during the course of the proceeding. The plan must, however, demonstrate that the plaintiff and his counsel have thought the process through, and that they grasp its complexities: see *Sorotski*, at paragraph 95. See also *Williams v. College Pension Board of Trustees* (2005), 254 D.L.R. (4th) 536 (B.C.S.C.), at paragraphs 139–140 and *Fakhri v. Alfalfa's Canada Inc.* (2003), 26 B.C.L.R. (4th) 152 (S.C.), at paragraphs 77–78.

[149] The litigation plan will also assist the Court in determining whether a class proceeding is the preferable procedure in a given case, and whether the litigation is manageable in its constituted form: see *Carom*, previously cited.

[150] I also agree with the Saskatchewan Court of Appeal that there are no fixed rules or requirements for a litigation plan, and that the appropriate content of a litigation plan will depend on the nature, scope and

concernant le compte d'attente ne signifie pas qu'il est nécessairement un représentant demandeur acceptable en l'espèce.

[145] D'abord, il n'appert nullement des décisions du juge Hugessen qui m'ont été remises qu'une objection a été formulée relativement au fait que M. Buffalo agisse comme représentant demandeur dans cette affaire-là. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce.

[146] Je suis également troublée par l'omission de M. Buffalo de préparer ne serait-ce qu'un plan rudimentaire au sujet du litige en l'espèce, comme l'exige le sous-alinéa 334.16(1)e(ii) des Règles. Lorsque la Cour a interrogé l'avocat à ce sujet, il a répondu que l'affaire faisait l'objet d'une gestion d'instance et qu'un plan de litige pourrait être élaboré dans le cadre de cette démarche. À un autre moment au cours de ses observations, l'avocat a mentionné que les *Règles des Cours fédérales* prévoyaient un modèle aux fins de son plan de litige.

[147] Cependant, ces réponses sont tout simplement insuffisantes.

[148] Je reconnais qu'il n'y a pas lieu d'examiner en détail un plan de litige à l'étape de l'autorisation, parce qu'il est probable qu'il sera modifié pendant l'instance. Cependant, le plan doit démontrer que le demandeur et son avocat ont réfléchi au déroulement de l'instance et qu'ils en saisissent les complexités : voir *Sorotski*, au paragraphe 95. Voir également *Williams v. College Pension Board of Trustees* (2005), 254 D.L.R. (4th) 536 (C.S.C.-B.), aux paragraphes 139 et 140 et *Fakhri v. Alfalfa's Canada Inc.* (2003), 26 B.C.L.R. (4th) 152 (C.S.), aux paragraphes 77 et 78.

[149] De plus, le plan de litige aidera la Cour à décider si le recours collectif est le meilleur moyen de procéder dans une affaire donnée et si le litige peut être géré dans la forme sous laquelle il est présenté (voir *Carom*, précité).

[150] Je conviens également avec la Cour d'appel de la Saskatchewan qu'aucune règle ou exigence fixe n'existe à l'égard des plans de litige et que la question de savoir si le contenu de celui-ci est satisfaisant

complexity of the particular litigation to which it relates: see *Sorotski*, at paragraph 78.

[151] However, the jurisprudence has established the following non-exhaustive list of the matters to be addressed in a litigation plan:

- (i) the steps that are going to be taken to identify necessary witnesses and to locate them and gather their evidence;
- (ii) the collection of relevant documents from members of the class as well as others;
- (iii) the exchange and management of documents produced by all parties;
- (iv) ongoing reporting to the class;
- (v) mechanisms for responding to inquiries from class members;
- (vi) whether the discovery of individual class members is likely and, if so, the intended process for conducting those discoveries;
- (vii) the need for experts and, if needed, how those experts are going to be identified and retained;
- (viii) if individual issues remain after the termination of the common issues, what plan is proposed for resolving those individual issues; and
- (ix) a plan for how damages or any other forms of relief are to be assessed or determined after the common issues have been decided.

See: *Sorotski*, at paragraph 78. See also *Paron v. Alberta (Environmental Protection)* (2006), 402 A.R. 85 (Q.B.), at paragraph 130; *Bellaire v. Independent Order of Foresters* (2004), 19 C.C.L.I. (4th) 35 (Ont. S.C.J.), at paragraph 53; and *Public Service Alliance of Canada Pension Plan Members v. Public Service Alliance of Canada* (2005), 47 C.C.P.B. 5 (Ont. S.C.J.), at paragraph 29.

dépendra de la nature, de la portée et de la complexité du litige qu'il concerne (voir *Sorotski*, au paragraphe 78).

[151] Cependant, il appert de la jurisprudence que le plan de litige doit couvrir les éléments suivants, laquelle liste n'est pas exhaustive :

- i) les mesures qui seront prises pour déterminer l'identité des témoins nécessaires, les trouver et recueillir leur preuve;
- ii) la collecte des documents pertinents auprès des membres du groupe et d'autres personnes;
- iii) l'échange et la gestion des documents produits par toutes les parties;
- iv) la remise d'un rapport régulier aux membres du groupe;
- v) les mécanismes permettant de répondre aux questions des membres du groupe;
- vi) la probabilité qu'un interrogatoire préalable soit tenu auprès de certains membres du groupe et, dans l'affirmative, la procédure envisagée à cette fin;
- vii) la nécessité de recourir à des experts et, dans l'affirmative, les mesures à prendre pour les trouver et retenir leurs services;
- viii) les mesures envisagées pour résoudre les questions individuelles qui demeureront encore en litige après le règlement des questions communes, le cas échéant;
- ix) la façon dont les indemnités et autres formes de réparation seront évaluées ou déterminées une fois que les questions communes auront été tranchées.

Voir *Sorotski*, au paragraphe 78. Voir également *Paron v. Alberta (Environmental Protection)* (2006), 402 A.R. 85 (B.R.), au paragraphe 130; *Bellaire v. Independent Order of Foresters* (2004), 19 C.C.L.I. (4th) 35 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 53; et *Public Service Alliance of Canada Pension Plan Members v. Public Service Alliance of Canada* (2005), 47 C.C.P.B. 5 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 29.

[152] Finally, as was noted in *Sorotski*, at a minimum, the litigation plan provided by a proposed representative plaintiff must allow the motions judge to determine “whether the representative plaintiff should be entrusted with the responsibility of moving the claim forward on behalf of class members”, at paragraph 81. The “plan” provided by Mr. Buffalo does not meet this minimum threshold.

[153] It is open to the Court to allow counsel to file a revised litigation plan, where the other requirements for certification have been met: see, for example, *Sorotski*, at paragraph 82. See also *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 20 C.P.C. (4th) 163 (Ont. Gen. Div.) and *Toms Grain & Cattle Co. Ltd. v. Arcola Livestock Sales Ltd.*, 2004 SKQB 338.

[154] However, I am not prepared to do so here, in light of my finding that other requirements for certification have not been met, and given the other concerns that I have with respect to the suitability of Mr. Buffalo as a representative plaintiff, which will be discussed below.

[155] I have several other reasons for concluding that Mr. Buffalo is not a suitable representative plaintiff in this case. His failure to identify any common issues of fact or law causes me to question his ability to “fairly and adequately represent the interests of the class”, as contemplated by subparagraph 334.16(1)(e)(i). So too does his failure to have given due consideration to the proper description of the proposed class.

[156] As a final matter, I would note that I have not been asked to make a definitive ruling either on the question of whether Mr. Buffalo’s claim is statute-barred or with respect to the effect of the releases that he has signed, and I have not done so here. I am, however, satisfied that there is at least a question as to whether Mr. Buffalo himself has a viable claim, which further calls into question his suitability as a representative plaintiff.

[157] As a consequence, Mr. Buffalo has failed to persuade me that he is a suitable representative plaintiff in this case.

[152] En dernier lieu, comme l’a souligné la Cour d’appel de la Saskatchewan dans *Sorotski*, le plan de litige fourni par le représentant demandeur envisagé doit, à tout le moins, permettre au juge des requêtes de décider [TRADUCTION] « s’il y a lieu de confier au représentant demandeur la responsabilité de poursuivre l’instance pour le compte des membres du groupe », au paragraphe 81. Le « plan » présenté par M. Buffalo ne respecte pas ce seuil minimum.

[153] Il est loisible à la Cour de permettre à l’avocat de déposer un plan révisé lorsque les autres exigences relatives à l’autorisation ont été satisfaites; voir, par exemple, *Sorotski*, au paragraphe 82. Voir également *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 20 C.P.C. (4th) 163 (Div. gén. Ont.) et *Toms Grain & Cattle Co. Ltd. v. Arcola Livestock Sales Ltd.*, 2004 SKQB 338.

[154] Toutefois, je ne suis pas disposée à le faire en l’espèce, étant donné que d’autres exigences relatives à l’autorisation n’ont pas été respectées et que j’ai d’autres réserves au sujet de l’acceptabilité de M. Buffalo comme représentant demandeur, question que je commenterai plus loin.

[155] J’ai plusieurs autres raisons de conclure que M. Buffalo n’est pas un représentant demandeur acceptable en l’espèce. L’omission de sa part de déterminer des points de fait ou de droit communs m’incite à m’interroger sur sa capacité de représenter « de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe », comme l’exige le sous-alinéa 334.16(1)(e)(i) des Règles. Il en va de même de l’attention insuffisante qu’il a accordée à la description du groupe envisagé.

[156] Enfin, les avocats ne m’ont pas demandé de rendre une décision définitive sur la question de savoir si la réclamation de M. Buffalo est prescrite ou sur l’effet des décharges qu’il a signées, et je ne l’ai pas fait en l’espèce. Cependant, j’estime qu’il existe au moins une question au sujet de laquelle M. Buffalo lui-même a une réclamation viable, ce qui m’incite encore une fois à douter de l’acceptabilité de cette personne à titre de représentant demandeur.

[157] En conséquence, M. Buffalo n’a pas réussi à me convaincre qu’il est un représentant demandeur acceptable en l’espèce.

Conclusion

[158] For these reasons, I find that Mr. Buffalo has failed to identify any common issues of fact or law which may be resolved through the class proceedings process. He has also failed to persuade me that a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of this matter. Finally, he has not persuaded me that he is a suitable representative plaintiff in this case.

[159] As was noted at the outset of this analysis, the list contained in subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules* is conjunctive. Having failed to satisfy at least three of the criteria for certification, it follows that the motion is dismissed.

Costs

[160] The defendants acknowledge that as a general rule, costs are not awarded in relation to certification motions, regardless of their outcome. Nevertheless, the defendants submit that in this case, the conduct of Mr. Buffalo is such that they should be entitled to their costs.

[161] Rule 334.39 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules* provides that:

334.39 (1) Subject to subsection (2), no costs may be awarded against any party to a motion for certification of a proceeding as a class proceeding, to a class proceeding or to an appeal arising from a class proceeding, unless

- (a) the conduct of the party unnecessarily lengthened the duration of the proceeding;
- (b) any step in the proceeding by the party was improper, vexatious or unnecessary or was taken through negligence, mistake or excessive caution; or
- (c) exceptional circumstances make it unjust to deprive the successful party of costs.

Conclusion

[158] Pour les motifs exposés plus haut, je suis d'avis que M. Buffalo n'a pas réussi à formuler de points de fait ou de droit communs qui peuvent être réglés au moyen du recours collectif. Il ne m'a pas convaincue non plus que le recours collectif est le meilleur moyen de régler le présent litige de façon juste et efficace. Enfin, il ne m'a pas convaincue qu'il est un représentant demandeur acceptable en l'espèce.

[159] Comme je l'ai souligné au début de mon analyse, la liste figurant au paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* est conjonctive. Étant donné qu'au moins trois des critères relatifs à l'autorisation de l'instance comme recours collectif n'ont pas été établis, la requête est rejetée.

Dépens

[160] Les défendeurs reconnaissent qu'en général, aucun montant n'est accordé au titre des dépens à l'égard des requêtes en autorisation d'un recours collectif, indépendamment du résultat de celles-ci. Néanmoins, ils font valoir qu'ils devraient avoir droit à leurs dépens dans la présente affaire en raison de la conduite de M. Buffalo.

[161] Voici le texte de la règle 334.39 [éditée par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales* :

334.39 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les dépens ne sont adjugés contre une partie à une requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif, que dans les cas suivants :

- a) sa conduite a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- b) une mesure prise par elle au cours de l'instance était inappropriée, vexatoire ou inutile ou a été effectuée de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;
- c) des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause.

(2) The Court has full discretion to award costs with respect to the determination of the individual claims of a class member.

[162] Relying on paragraphs 334.39(1)(a) and (c), the Samson defendants submit that there were a number of “holes” in Mr. Buffalo’s motion, including his failure to identify any common questions of fact or law, which would justify an order of solicitor-and-client costs in their favour.

[163] The Samson defendants further argue that they have worked long and hard to resolve the complex and emotional issue of Band membership in the wake of the Bill C-31 amendments to the *Indian Act*, and that the vast majority of members of the putative class have already settled their differences with the Samson defendants, and have decided to move on with their lives.

[164] According to the Samson defendants, Mr. Buffalo’s attempt to put the matter back before the courts is an attempt to undo everything that has been accomplished by both the Samson Cree Nation and those who claim membership in it.

[165] While recognizing that an award of costs against Mr. Buffalo could have a “chilling effect”, the Samson defendants submit that such an effect “is not a bad thing in some cases”.

[166] The Crown also seeks its costs in this matter under the “exceptional circumstances” provision of paragraph 334.39(1)(c). Pointing to subsection 334.17(1) [as enacted *idem*], the Crown notes that an order certifying a proceeding as a class proceeding must set out the common questions of law or fact for the class. Having failed to identify any common questions of fact or law for resolution through the class proceedings process, there was nothing in the motion to which the Crown could respond.

[167] The Crown also points to the fact that it did not seek its costs in the course of the suspense account litigation, even though it incurred costs and was not

(2) La Cour a le pouvoir discrétionnaire d’adjuger les dépens qui sont liés aux décisions portant sur les réclamations individuelles de membres du groupe.

[162] Se fondant sur les alinéas 334.39(1)a) et c), les défendeurs Samson font valoir que la requête de M. Buffalo est incomplète à plusieurs égards, notamment en raison de l’absence de points de fait ou de droit communs, ce qui justifierait l’octroi de dépens procureur-client en leur faveur.

[163] Les défendeurs Samson ajoutent qu’ils ont travaillé avec acharnement pour résoudre la question complexe et émotive de l’appartenance à la bande par suite des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi C-31 et que la grande majorité des membres du groupe envisagé ont déjà réglé leurs différends avec les défendeurs Samson et ont décidé de passer à autre chose.

[164] Selon les défendeurs Samson, en voulant saisir à nouveau les tribunaux du litige, M. Buffalo cherche à défaire tout ce qui a été accompli tant par la Nation crie de Samson que par ceux qui soutiennent appartenir à celle-ci.

[165] Tout en reconnaissant que l’adjudication de dépens contre M. Buffalo pourrait avoir un « effet paralysant », les défendeurs Samson font valoir que cet effet [TRADUCTION] « n’est pas mauvais dans certains cas ».

[166] La Couronne invoque également l’existence de « circonstances exceptionnelles » au sens de l’alinéa 334.39(1)c) des Règles pour solliciter des dépens. Se fondant sur le paragraphe 334.17(1) [édicte, *idem*] des Règles, elle souligne qu’une ordonnance autorisant une instance comme recours collectif doit énoncer les points de fait ou de droit communs au groupe. Étant donné qu’aucun point de fait ou de droit à trancher au moyen du recours collectif n’a été proposé, la requête ne comportait aucune allégation à laquelle la Couronne pouvait répondre.

[167] La Couronne ajoute qu’elle n’a pas sollicité ses dépens dans le litige concernant le compte d’attente, même si elle a engagé des frais et qu’elle n’avait aucun

directly interested in the outcome of that case. Given that it is once again being asked to defend a case in which similar issues are being raised, the Crown submits that it should be entitled to something by way of costs.

[168] Mr. Buffalo argues that the ordinary “no costs” rule should apply in this case, pointing to the fact that Justice Hugessen did not award any costs in relation to the suspense account litigation. Mr. Buffalo further points to the chilling effect that an order of costs against him would have, arguing that there was nothing so extreme in his conduct of this matter that would justify such an order.

[169] Because of the numerous deficiencies in Mr. Buffalo’s motion materials and arguments which have been identified in these reasons, I have given very serious consideration to the defendants’ request for costs. I have also had regard to the policy considerations underlying the presumptive “no costs” rule.

[170] As was noted earlier in these reasons, class proceedings are intended, in part, as a means of providing increased access to justice. There is ordinarily no added personal benefit accruing to a representative plaintiff in return for assuming that role, and additional costs will usually be associated with pursuing a matter as a class proceeding, rather than as an individual action. As a consequence, an award of costs against an unsuccessful would-be representative plaintiff could have the effect of deterring potential future representative plaintiffs from bringing class actions, thereby defeating the access to justice goal of class proceedings: see, for example, Alberta Law Reform Institute, *Class Actions: Final Report No. 85* (Edmonton, Alberta: Alberta Law Reform Institute, December 2000), at pages 143–144.

[171] While subsection 334.39(1) of the *Federal Courts Rules* does authorize costs awards in limited circumstances, it is clear that an award of costs in relation to an unsuccessful motion for certification will be exceptional. Having regard to the factors identified in

intérêt direct dans l’issue de ce litige. Étant donné qu’elle est appelée à nouveau à plaider une affaire dans laquelle des questions similaires sont soulevées, la Couronne soutient qu’elle devrait avoir droit à un certain montant au titre des dépens.

[168] M. Buffalo répond que la règle habituelle de la « non-adjudication de dépens » devrait s’appliquer en l’espèce, soulignant que le juge Hugessen n’a accordé aucun montant au titre des dépens dans le litige concernant le compte d’attente. M. Buffalo ajoute que l’adjudication de dépens contre lui aurait un effet paralysant et qu’aucun aspect de sa conduite n’était déplacé au point de justifier une ordonnance en ce sens.

[169] En raison des nombreuses lacunes que comportent les documents de la requête de M. Buffalo et les arguments connexes et que j’ai relevés dans les présents motifs, j’ai examiné très sérieusement la demande de dépens des défendeurs. J’ai également tenu compte des facteurs politiques sous-jacents à la règle générale de la « non-adjudication de dépens ».

[170] Comme je l’ai mentionné plus haut dans les présents motifs, les recours collectifs visent, en partie, à favoriser un plus grand accès à la justice. La personne qui agit comme représentant demandeur ne tire habituellement aucun avantage personnel supplémentaire à ce titre et les frais additionnels seront habituellement associés à la poursuite de l’instance comme recours collectif plutôt que comme action individuelle. En conséquence, l’adjudication de dépens contre une personne dont la demande visant à faire autoriser une instance comme recours collectif est rejetée pourrait avoir pour effet de dissuader d’autres représentants demandeurs éventuels d’exercer des recours collectifs, ce qui irait totalement à l’encontre de l’objet de ceux-ci : voir, par exemple, Alberta Law Reform Institute, *Class Actions: Final Report No. 85* (Edmonton, Alberta : Alberta Law Reform Institute, décembre 2000), aux pages 143 et 144.

[171] Bien que le paragraphe 334.39(1) des *Règles des Cours fédérales* autorise l’octroi de dépens dans certaines circonstances, il est évident que l’adjudication de dépens dans le cadre d’une requête en autorisation rejetée sera exceptionnelle. Au vu des circonstances et des facteurs

the rule, the circumstances of this case, and in the exercise of my discretion, I decline to make any order of costs in this matter.

énoncés dans la règle, et dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je ne délivrerai pas d'ordonnance sur les dépens en l'espèce.

ORDER

ORDONNANCE

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that the motion is dismissed, without costs.

La requête est rejetée, sans frais.

IMM-1570-08
2008 FC 1230

IMM-1570-08
2008 CF 1230

Tenzin Wangden (*Applicant*)

Tenzin Wangden (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and
The Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et
le ministre de la Sécurité publique et de la Protection
civile** (*défendeurs*)

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

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

Federal Court, Mosley J.—Toronto, September 9;
Ottawa, November 5, 2008.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 9 septembre;
Ottawa, 5 novembre 2008.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of Minister's delegate's determination applicant ineligible to be referred to Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(d) on ground applicant already granted Convention refugee status by U.S. — Applicant applying for asylum in U.S. — Withdrawing claim but granted withholding of removal status — Applicant having onus to establish eligibility for referral to RPD — In absence of contrary information regarding applicant's status, Minister's delegate's decision reasonable — Under U.S. Immigration and Nationality Act (INA), withholding of removal status equivalent to Convention refugee status since withholding of removal protection requiring individuals establish well-founded fear of persecution in country of nationality on ground stated in United Nations Convention Relating to the Status of Refugees — Applicant fitting profile of Convention refugee — Minister's delegate therefore not erring in law — Application dismissed — Question certified as to whether "withholding of removal status" under U.S. law equivalent to Convention refugee status under IRPA, s. 101(1)(d).

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la représentante du ministre a décidé que le demandeur était inadmissible au renvoi à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en application de l'art. 101(1)d) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés puisque le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis — Le demandeur a présenté une demande d'asile aux États-Unis — Il a retiré sa demande, mais il bénéficiait d'un retrait du statut de personne à renvoyer — Il incombait au demandeur d'établir son admissibilité au renvoi à la SPR — En l'absence de renseignements contraires concernant le statut du demandeur, la décision de la représentante du ministre était raisonnable — En vertu de la Immigration and Nationality Act (l'INA) des États-Unis, le retrait du statut de personne à renvoyer équivaut au statut de réfugiés au sens de la Convention parce que les personnes bénéficiant de cette protection ont établi qu'elles craignent avec raison d'être persécutées dans leur pays de nationalité pour l'un des motifs prévus à la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés — Le profil du demandeur répondait à celui de réfugié au sens de la Convention — La représentante du ministre n'a donc pas commis d'erreur de droit — Demande rejetée — La question de savoir si le « retrait du statut de personne à renvoyer » aux États-Unis équivaut à la reconnaissance de la qualité de réfugié au sens de la Convention » selon l'art. 101(1)d) de la LIPR a été certifiée.

Construction of Statutes — Judicial review of Minister's delegate's determination applicant ineligible to be referred to Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(d) on ground applicant already

Interprétation des lois — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la représentante du ministre a décidé que le demandeur était inadmissible au renvoi à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en application de

granted Convention refugee status by U.S. — Term “Convention refugee” in Act, s. 101(1)(d); United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Convention), Art. 1 central to present application — Act’s primary objective to save lives, offer protection to displaced, persecuted persons — Minister’s delegate’s decision consistent with Act’s objective, considered reasonable.

This was an application for judicial review of the decision of the Minister’s delegate determining that the applicant was ineligible to be referred to the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board pursuant to paragraph 101(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* on the ground that the applicant was already granted Convention refugee status by the U.S. to which he could be sent and returned. The applicant is a Tibetan Buddhist monk from China who entered Canada from the U.S. and sought refugee protection. While being screened by the Canada Border Services Agency, the applicant denied ever applying for protection in the U.S. However, based on information from U.S. sources, the applicant had in fact made a claim for asylum in the U.S. and, although he withdrew that claim, he was granted “withholding of removal status”. While the applicant was excluded, his removal order was temporarily stayed.

The issues were: whether the Minister’s delegate based her decision on a material error of fact; whether the Minister’s delegate erred in law in finding that the applicant was ineligible to be referred to the RPD; and whether withholding of removal protection in the U.S. is equivalent to the grant of Convention refugee status.

Held, the application should be dismissed.

The onus was on the applicant to establish eligibility for referral to the RPD and he failed to do so. He was not forthcoming about his history and status in the U.S. and did not provide supporting documentation to clarify his status until after he was issued a removal order. Therefore, in the absence of any contrary information, it was reasonable for the Minister’s delegate to have concluded that the applicant had been found to be a Convention refugee in the U.S. and could be returned to that country.

l’art. 101(1)d de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés puisque le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis — L’aspect fondamental de la demande en l’espèce était l’expression « réfugié au sens de la Convention » à l’art. 101(1)d de la Loi et à l’article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (la Convention) — Le principal objet de la Loi est de sauver des vies et de protéger les personnes déplacées et persécutées — La décision de la représentante du ministre était compatible avec l’objet de la Loi et était raisonnable.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la représentante du ministre a décidé que le demandeur était inadmissible au renvoi à la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en application de l’alinéa 101(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* puisque le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis, pays vers lequel il pouvait être envoyé et retourné. Le demandeur est un moine bouddhiste tibétain, de la Chine, qui est entré au Canada depuis les États-Unis et a demandé l’asile. Pendant son entrevue avec l’Agence des services frontaliers du Canada, le demandeur a nié avoir déjà demandé l’asile aux États-Unis. Cependant, il appert de renseignements provenant de sources américaines que le demandeur avait effectivement demandé l’asile aux États-Unis et, bien qu’il ait retiré sa demande, il bénéficiait d’une forme de protection appelée « retrait du statut de personne à renvoyer ». Même si le demandeur était exclu, il a été sursis temporairement à la demande de renvoi prise contre lui.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la représentante du ministre avait fondé sa décision sur une erreur de fait importante; si la représentante du ministre avait commis une erreur de droit en concluant que le demandeur était inadmissible à un renvoi à la SPR et si le retrait du statut de personne à renvoyer équivalait, aux États-Unis, à accorder le statut de réfugié au sens de la Convention.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Il incombait au demandeur d’établir son admissibilité au renvoi à la SPR et il a omis de le faire. Il n’a pas fait preuve de franchise à propos de ses antécédents et de sa situation aux États-Unis et n’a fourni des documents à l’appui pour clarifier son statut qu’après le prononcé de la mesure de renvoi. Par conséquent, en l’absence de renseignements contraires, il était raisonnable pour la représentante du ministre de conclure que le demandeur avait été déclaré réfugié au sens de la Convention aux États-Unis et qu’il pouvait être renvoyé dans ce pays.

The interpretation of the term “Convention refugee” in paragraph 101(1)(d) of the Act and in Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention) was central to the present application. In the United States, asylum and withholding of removal are two different methods provided for under the *Immigration and Nationality Act* (INA) through which an otherwise “deportable alien” who claims a fear of persecution can seek relief. Withholding of removal protects eligible claimants from removal or deportation to a country in which they are at risk but does not prevent exclusion or deportation to another hospitable, safe country willing to accept or take in the refugee. Individuals who are granted withholding of removal status are necessarily Convention refugees since they have established that they have a well-founded fear of persecution in their country of nationality on one of the Convention grounds. The applicant fit the profile of a Convention refugee based on Article 1 of the Convention since he was outside of his country of nationality, has a well-founded fear of being persecuted for his religious and political beliefs and is unwilling to avail himself of protection in that country.

Moreover, the Minister’s delegate’s decision was consistent with the primary objective of the Act (subparagraph 3(2)(a)), which is about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted, since the applicant could be returned to the U.S. where he would not be at risk of persecution. Parliament did not intend for paragraph 101(1)(d) of the Act to include consideration of whether a person could remain indefinitely in the country in which that person has been recognized a Convention refugee and to which that person can be returned. Though a person granted withholding has a more limited range of rights than a person granted asylum under U.S. law, that person still enjoys several important entitlements. Therefore, the Minister’s delegate’s ineligibility decision was correct in law since holders of withholding of removal status in the U.S. are Convention refugees within the meaning of paragraph 101(1)(d) of the IRPA. The question of whether the legal remedy or status of “withholding of removal” in the U.S. is equivalent to being recognized as a “Convention refugee” pursuant to paragraph 101(1)(d) of the Act was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Aliens and Nationality, 8 C.F.R. § 208.13(b)(2).

L’aspect fondamental de la demande en l’espèce était l’interprétation de l’expression « réfugié au sens de la Convention » à l’alinéa 101(1)d) de la Loi et à l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention). Aux États-Unis, l’asile et le retrait du statut de personne à renvoyer sont deux moyens différents prévus par la *Immigration and Nationality Act* (l’INA) en vertu desquels un « étranger [autrement] passible d’expulsion » (*deportable alien*) qui craint d’être persécuté peut solliciter une mesure de protection. Le retrait du statut de personne à renvoyer protège les demandeurs admissibles contre le renvoi ou l’expulsion vers un pays dans lequel ils sont à risque, mais n’empêche pas l’exclusion ou l’expulsion vers un autre pays sûr et accueillant disposé à accepter ou à prendre le réfugié. Les personnes qui obtiennent le retrait de leur statut de personne à renvoyer sont nécessairement des réfugiées au sens de la Convention puisqu’elles ont établi qu’elles craignaient avec raison d’être persécutées dans leur pays de nationalité pour l’un des motifs prévus à la Convention. Le profil du demandeur répondait à celui de réfugié au sens de la Convention en fonction de l’article premier de la Convention parce qu’il était à l’extérieur de son pays de nationalité, il craignait avec raison d’être persécuté pour ses croyances religieuses et ses opinions politiques et il n’était pas disposé à demander d’être protégé dans ce pays.

Qui plus est, la décision de la représentante du ministre était compatible avec le principal objet de la Loi (alinéa 3(2)a)), qui vise à sauver des vies et à protéger les personnes déplacées et persécutées, puisque le demandeur pourrait être renvoyé aux États-Unis où il ne courrait pas le risque d’être persécuté. Le législateur ne souhaitait pas que l’alinéa 101(1)d) de la Loi inclue l’examen de la question de savoir si une personne pouvait demeurer indéfiniment dans le pays dans lequel elle a été reconnue comme réfugié au sens de la Convention et où elle peut être renvoyée. Bien qu’une personne à qui le retrait du statut de personne à renvoyer a été accordé bénéficie d’un éventail de droits plus limités que si elle avait obtenu l’asile en vertu de la loi américaine, elle jouit quand même de plusieurs droits importants. En conséquence, la décision de la représentante du ministre quant à l’inadmissibilité était correcte en droit puisque les personnes dont le statut de personne à renvoyer a été retiré aux États-Unis sont des réfugiées au sens de la Convention selon l’alinéa 101(1)d) de la LIPR. La question de savoir si la mesure juridique ou le « retrait du statut de personne à renvoyer » aux États-Unis équivaut à la reconnaissance de la qualité de « réfugié au sens de la Convention » selon l’alinéa 101(1)d) de la Loi a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Aliens and Nationality, 8 C.F.R. § 208.13(b)(2).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Immigration and Nationality Act (INA), §§ 101, 208, 241(b)(3) [8 U.S.C. §§ 1101, 1158, 1231(b)(3) (2006)].

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2)(a), 49(2)(b), 96, 97, 101(1)(d), 112(3), 114, 115.

Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 10.

Immigration and Nationality Act (INA), §§ 101, 208, 241(b)(3) [8 U.S.C. §§ 1101, 1158, 1231(b)(3) (2006)].

Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 10.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)(d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2)(a), 49(2)(b), 96, 97, 101(1)(d), 112(3), 114, 115.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

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.

Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 1, 3, 4, 7, 8, 13, 14, 16, 21, 22, 23, 24, 26, 32, 33.

United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees, January 31, 1967, [1969] Can. T.S. No. 29, Art. 1.

TRAITÉS ET AUTRES DOCUMENTS 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.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1, 3, 4, 7, 8, 13, 14, 16, 21, 22, 23, 24, 26, 32, 33.

Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés, 31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 29, art. 1.

CASES CITED

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; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Mohamed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987); *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C. 266; (1998), 47 Imm. L.R. (2d) 218 (T.D.); *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984).

REFERRED TO:

Mohamed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2008 FC 315; *Khokhar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 449; *Espinoza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 834; *Da Mota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 386; *Obeid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 503; *Naumets v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 522; *Baron v. Canada (Minister of*

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; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 400 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987); *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.); *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984).

DÉCISIONS CITÉES :

Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2008 CF 315; *Khokhar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 449; *Espinoza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 834; *Da Mota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 386; *Obeid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 503; *Naumets c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008

Citizenship and Immigration) (2008), 71 Imm. L.R. (3d) 174; 324 F.T.R. 78; 2008 FC 245; *Matter of T-*, 61 I. & N. Dec. 638 (BIA 1955); *Matter of R-D-*, 24 I. & N. Dec. 221 (BIA 2007).

CF 522; *Baron c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 245; *Matter of T-*, 61 I. & N. Dec. 638 (BIA 1955); *Matter of R-D-*, 24 I. & N. Dec. 221 (BIA 2007).

AUTHORS CITED

Cambridge Online Dictionary, “asylum”, online: <<http://dictionary.cambridge.org>>.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Minister’s delegate determining that the applicant was ineligible to be referred to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board pursuant to paragraph 101(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* on the ground that the applicant was already granted Convention refugee status by the U.S. Application dismissed.

DOCTRINE CITÉE

Cambridge Online Dictionary, « *asylum* », en ligne : <<http://dictionary.cambridge.org>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la représentante du ministre a décidé que le demandeur était inadmissible au renvoi à la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en application de l’alinéa 101(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* puisque le demandeur avait été reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis. Demande rejetée.

APPEARANCES

D. Clifford Luyt for applicant.
Gregory G. George and *Margherita Braccio* for respondents.

ONT COMPARU

D. Clifford Luyt pour le demandeur.
Gregory G. George et *Margherita Braccio* pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

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

[1] MOSLEY J.: This application for judicial review considers whether the grant of “withholding of removal” status under United States immigration law to a claimant for protection confers recognition as a “Convention refugee” for the purposes of paragraph 101(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) so as to permit the return of the claimant to that country.

[1] LE JUGE MOSLEY : La présente demande de contrôle judiciaire examine la question de savoir si l’obtention du « retrait du processus de renvoi » en vertu du droit de l’immigration des États-Unis par une personne qui demande d’être protégée confère la reconnaissance à titre de « réfugié au sens de la Convention » aux fins de l’alinéa 101(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), de manière à permettre le retour de ce demandeur dans ce pays.

Background

[2] Mr. Tenzin Wangden is a national of Tibet, Peoples Republic of China (PRC), but considers himself to be stateless. He is a Buddhist monk who follows the Dalai Lama and has lived in monasteries for the greater part of his life. He has a half brother who is a Canadian citizen, and thus would fall within one of the exceptions to 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] (the Safe Third Country Agreement) if he has not been granted Convention refugee protection in the U.S.

[3] On March 3, 2008, Mr. Wangden entered Canada from the U.S. and sought refugee protection at the Fort Erie Refugee Processing Unit. In his initial screening interview with Canada Border Services Agency (CBSA) officer Rayos Del Sol, the applicant denied in a statutory declaration that he had ever applied for protection in the United States.

[4] A search of the U.S. Immigration and Customs Enforcement database indicated that Mr. Wangden had been granted protection in that country. Officer Rayos Del Sol then contacted an officer of the U.S. Customs and Border Protection Service who verbally confirmed that Mr. Wangden had been granted “asylum” in the U.S. Officer Rayos Del Sol’s declaration in the certified record states that the U.S. officer also advised him that there was a reference in their records to some pending status but that he did not have access to the particular file.

[5] Mr. Wangden was asked to complete a second statutory declaration. He again denied having applied for refugee protection in the U.S. When confronted with the information obtained from the U.S. authorities he admitted that he had applied for asylum, but said that he was unaware of the outcome of his application. He was told by others not to say that he had applied for asylum in the U.S. because he would be refused entry into Canada. He recalled being told by a U.S. judge that he could not get a “green card” (permanent residence) or

Contexte

[2] M. Tenzin Wangden est un ressortissant du Tibet, de la République populaire de Chine (RPC), mais il se considère apatride. Il est un moine bouddhiste qui suit le Dalaï-Lama et a vécu dans des monastères pendant la plus grande partie de sa vie. Il a un demi-frère qui est citoyen canadien et il serait ainsi visé par une des exceptions prévues dans 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 les ressortissants de tiers pays* [5 décembre 2002, [2004] R.T. Can n° 2] (l’Entente sur les tiers pays sûrs) s’il n’a pas reçu, aux États-Unis, la protection accordée aux réfugiés au sens de la Convention.

[3] Le 3 mars 2008, M. Wangden est entré au Canada depuis les États-Unis et a demandé l’asile à l’Unité des cas de traitement des réfugiés de Fort Erie. Dans sa première entrevue avec l’agente Rayos Del Sol de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), le demandeur a nié dans une déclaration solennelle avoir déjà demandé l’asile aux États-Unis.

[4] Une recherche dans la base de données de la U.S. Immigration and Customs Enforcement des États-Unis a indiqué que ce pays avait accordé l’asile à M. Wangden. L’agente Rayos Del Sol a alors communiqué avec un agent du U.S. Customs and Border Protection Service qui lui a confirmé verbalement que M. Wangden avait obtenu « l’asile » aux États-Unis. La déclaration de l’agente Rayos Del Sol dans le dossier certifié indique que l’agent américain l’a également informée qu’il avait dans leurs dossiers un statut en suspens, mais qu’il n’avait pas accès à ce dossier précis.

[5] On a demandé à M. Wangden de remplir une deuxième déclaration solennelle. Il a à nouveau nié avoir demandé l’asile aux États-Unis. Lorsque les renseignements obtenus des autorités américaines lui ont été présentés, il a admis qu’il avait présenté une demande d’asile, mais a déclaré qu’il n’en connaissait pas l’issue. Il a indiqué que d’autres personnes lui avaient mentionné de ne pas dire qu’il avait demandé l’asile aux États-Unis parce que l’entrée au Canada lui serait refusée. Il se souvient que le juge américain lui a

sponsor anyone to come to the U.S. but he could live all of his life in the United States. He had been issued a U.S. social security card and a work authorization card. Officer Rayos Del Sol then referred the matter to a Minister's delegate with the recommendation that the applicant be found ineligible under IRPA paragraph 101(1)(d) for referral to the Refugee Protection Division (RPD).

[6] In his affidavit dated April 1, 2008, filed on a motion for a stay of execution of the removal order made by the Minister's delegate, the applicant states that he had claimed asylum in or about June 2004 after having been in the U.S. for some seven months. He withdrew his claim on the recommendation of his lawyer at the time that he would stand a better chance of obtaining an alternative form of protection under U.S. law termed "withholding of removal status". Mr. Wangden says he followed this advice and withdrew his asylum application. Attached as Exhibit B to his affidavit is a form which appears to be a summary of an oral decision entered in U.S. Immigration Court in New York City on March 2, 2006, indicating that Mr. Wangden's application for asylum was withdrawn "with prejudice", and that he was granted "withholding of removal".

[7] Opinion evidence was filed on behalf of both parties as to the effect in U.S. law of withholding of removal status. The applicant submitted the affidavit of Craig Trebilcock, an immigration attorney practising in York, Pennsylvania. The respondent tendered the opinion of David A. Martin, Professor of Law at the University of Virginia. Professor Martin was cross-examined on his affidavit by telephone and the transcript was filed in evidence.

[8] I note that the evidence on this application does not suggest that Mr. Wangden is at any real risk of refoulement to the PRC if returned to the U.S. Mr. Trebilcock's opinion was that Mr. Wangden would have lost his withholding status by reason of his

dit qu'il ne pourrait pas obtenir une « carte verte » (résidence permanente) ni parrainer quiconque pour venir aux États-Unis, mais qu'il pourrait vivre toute sa vie aux États-Unis. Il a obtenu une carte de sécurité sociale des États-Unis et une carte d'autorisation de travail. L'agente Rayos Del Sol a ensuite renvoyé l'affaire à un représentant du ministre, recommandant l'inadmissibilité du demandeur à un renvoi à la Section de la protection des réfugiés (SPR) en vertu de l'alinéa 101(1)d) de la LIPR.

[6] Dans son affidavit daté du 1^{er} avril 2008, déposé dans le cadre d'une requête en sursis de l'exécution de la mesure de renvoi prononcée par le représentant du ministre, le demandeur déclare qu'il avait demandé l'asile en juin 2004 ou environ à ce moment-là après un séjour d'environ sept mois aux États-Unis. Il a retiré sa demande à la recommandation de son avocat du moment selon laquelle il aurait de meilleures chances d'obtenir une autre forme de protection appelée « retrait du processus de renvoi ». M. Wangden indique qu'il a suivi ce conseil et qu'il a retiré sa demande d'asile. Un formulaire qui semble être un résumé d'une décision prononcée à la U.S. Immigration Court, à New York le 2 mars 2006, est joint à son affidavit à titre de pièce B. Ce formulaire indique que la demande d'asile de M. Wangden a été retirée [TRADUCTION] « non sous toutes réserves » et qu'il a obtenu le « retrait du processus de renvoi ».

[7] Les deux parties ont présenté une preuve sous forme d'opinion sur l'effet du retrait du processus de renvoi en droit américain. Le demandeur a présenté l'affidavit de M^e Craig Trebilcock, un avocat exerçant dans le domaine de l'immigration à York, en Pennsylvanie. Le défendeur a présenté l'opinion de M. David A. Martin, professeur de droit à l'Université de la Virginie. Le professeur Martin a été contre-interrogé sur son affidavit par téléphone et la transcription a été présentée en preuve.

[8] Je constate que les éléments de preuve déposés à l'égard de la présente demande n'indiquent pas que M. Wangden court un véritable risque de refoulement vers la RPC s'il était renvoyé aux États-Unis. Selon l'opinion de M^e Trebilcock, M. Wangden aurait perdu

departure from the U.S. but would be entitled to make a fresh claim for protection as a Convention refugee, either for asylum or withholding, or for protection under the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36]. Professor Martin does not believe that the circumstances of Mr. Wangden's entry into Canada would constitute a "departure" under U.S. law as interpreted by the jurisprudence. Both are agreed that withholding status permits removal to a safe third country. Mr. Trebilcock makes no comment on the likelihood of this happening. Professor Martin asserts that this is more theoretical than real as it rarely happens.

Decision Under Review

[9] The Minister's delegate, officer Dela Cruz, determined that Mr. Wangden was ineligible to be referred to the RPD pursuant to paragraph 101(1)(d) as he had been "recognized as a Convention refugee by the U.S.A. and to which [he] could be sent and returned". The delegate signed an exclusion order against Mr. Wangden. Pursuant to paragraph 49(2)(b) of the IRPA, the order did not come into force for seven days and Mr. Wangden was not required to return to the U.S. immediately. His removal to the United States was stayed until the final disposition of this application by the order of the Chief Justice issued on April 8, 2008.

Relevant Legislation

[10] The relevant provisions of the IRPA, the U.S. *Immigration and Nationality Act* of 1952, as amended (INA) [8 U.S.C. (2006)], the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Convention or 1951 Convention) and the *United Nations Protocol Relating to the Status of*

son statut en raison de son départ des États-Unis, mais aurait le droit de présenter une nouvelle demande d'asile à titre de réfugié au sens de la Convention, soit pour l'asile ou le retrait du processus de renvoi, soit pour la protection en vertu de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36]. Le professeur Martin ne croit pas que la situation entourant l'entrée de M. Wangden au Canada constituerait un « départ » en vertu du droit américain tel qu'interprété par la jurisprudence. Les deux s'accordent pour dire que le retrait du processus de renvoi autorise le renvoi vers un tiers pays sûr. M^e Trebilcock ne présente aucune observation sur la possibilité que cela se produise. Le professeur Martin affirme qu'il s'agit d'une question plus théorique que réelle puisque cela se produit rarement.

Décision faisant l'objet du présent contrôle

[9] La représentante du ministre, l'agente Dela Cruz, a décidé que M. Wangden était inadmissible au renvoi à la SPR en vertu de l'alinéa 101(1)d) puisqu'il avait été [TRADUCTION] « reconnu comme réfugié au sens de la Convention par les États-Unis, pays vers lequel [il] pouvait être envoyé et retourné ». La représentante du ministre a signé une mesure d'exclusion à l'encontre de M. Wangden. Conformément à l'alinéa 49(2)b) de la LIPR, la mesure est entrée en vigueur sept jours plus tard et M. Wangden n'était pas tenu de retourner immédiatement aux États-Unis. Son renvoi aux États-Unis a été suspendu jusqu'à la décision finale concernant la présente demande conformément à l'ordonnance du juge en chef prononcée le 8 avril 2008.

Lois pertinentes

[10] Les dispositions pertinentes de la LIPR, de la loi américaine *Immigration and Nationality Act* de 1952, telle que modifiée (INA) [8 U.S.C. (2006)], de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention ou la Convention de 1951) et du *Protocole*

Refugees [January 31, 1967, [1969] Can. T.S. No. 29] are set out in Annex A to this judgment.

des Nations Unies relatif au statut des réfugiés [31 janvier 1967, [1969] R.T. Can. n° 29] sont reproduites dans l'annexe A du présent jugement.

Issues

[11] The applicant submits that it is not necessary on this application to decide whether withholding of removal status confers Convention refugee recognition. He frames the central issue on this application in these terms: did CBSA officer Dela Cruz base her decision that the applicant was ineligible to have his refugee claim determined in Canada under paragraph 101(1)(d) of the IRPA on a material error of fact, such that her decision ought to be set aside? In the alternative, he submits, the issue is whether withholding of removal status in U.S. immigration law confers Convention refugee status.

[12] In the respondent's submission the question to be addressed is as follows: Has the applicant demonstrated that the officer made a material error in finding that, pursuant to paragraph 101(1)(d) of the IRPA, his refugee claim was ineligible to be referred to the Refugee Protection Division?

[13] I would rephrase the issues in the form of these questions:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Did officer Dela Cruz base her decision on a material error of fact?
3. Did officer Dela Cruz err in law in finding that the applicant was ineligible to be referred to the RPD because he had already been granted protection in the United States?

In order to make a determination on this point, the following question must first be answered: Is withholding of removal protection in the United States equivalent to the grant of Convention refugee status?

Questions en litige

[11] Le demandeur soutient que, dans le cadre de la présente demande, il n'est pas nécessaire de décider si le retrait du processus de renvoi confère la reconnaissance de réfugié au sens de la Convention. Il formule comme suit la question principale de la présente demande : l'agente Dela Cruz de l'ASFC a-t-elle fondé sa décision selon laquelle le demandeur n'était pas admissible à faire trancher sa demande d'asile au Canada en vertu de l'alinéa 101(1)d) de la LIPR sur une erreur de fait importante, de sorte que cette décision devrait être annulée? Subsidiairement, prétend-t-il, la question est de savoir si le retrait du processus de renvoi en droit américain de l'immigration confère le statut de réfugié au sens de la Convention.

[12] Selon les observations du défendeur, la question à examiner est la suivante : Le demandeur a-t-il démontré que l'agente avait commis une erreur importante en concluant qu'en vertu de l'alinéa 101(1)d) de la LIPR, sa demande d'asile était inadmissible à un renvoi à la Section de la protection des réfugiés?

[13] Je reformulerais les questions en litige de la manière suivante :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. L'agente Dela Cruz a-t-elle fondé sa décision sur une erreur de fait importante?
3. L'agente Dela Cruz a-t-elle commis une erreur en droit en concluant que le demandeur était inadmissible à un renvoi à la SPR parce qu'il avait déjà obtenu une protection aux États-Unis?

Pour trancher ce point, il est tout d'abord nécessaire de répondre à la question suivante : aux États-Unis, accorder le retrait du processus de renvoi équivaut-il à accorder le statut de réfugié au sens de la Convention?

Standard of Review

[14] As determined by the recent Supreme Court of Canada decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Where the standard of review applicable to a particular question is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard.

[15] In the present case, officer Dela Cruz's decision is being challenged by the applicant on two grounds. First, the applicant argues that the officer committed a reviewable error in basing her decision on the mistaken assumption that Mr. Wangden had been granted asylum instead of withholding of removal. This is a question of fact.

[16] Prior to *Dunsmuir*, it was well established that decisions of ministerial delegates were entitled to an important degree of deference and should only be set aside if they were patently unreasonable: *Mohamed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 315, at paragraph 10. The effect of *Dunsmuir* has been to reduce the standards of review down to two, correctness and reasonableness. The patent unreasonableness standard has been discarded. Paragraph 47 of *Dunsmuir* provides guidance on how to apply the new reasonableness standard:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. 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.

Norme de contrôle

[14] Comme l'a récemment décidé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), il n'est pas nécessaire d'effectuer une analyse de la norme de contrôle dans chaque cas. Lorsque la norme de contrôle applicable à une question particulière est bien établie par la jurisprudence antérieure, la cour siégeant en révision peut adopter cette norme.

[15] En l'espèce, le demandeur conteste la décision de l'agente Dela Cruz pour deux motifs. Premièrement, le demandeur soutient que l'agente a commis une erreur susceptible de contrôle en fondant sa décision sur la supposition erronée qu'il avait obtenu l'asile plutôt que le retrait du processus de renvoi. Il s'agit d'une question de fait.

[16] Avant l'arrêt *Dunsmuir*, il était bien établi que les décisions des représentants du ministre avaient droit à un niveau élevé de retenue et devaient être annulées uniquement si elles étaient manifestement déraisonnables : *Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 315, au paragraphe 10. L'arrêt *Dunsmuir* a eu pour effet de réduire à deux le nombre de normes de contrôle, à savoir la norme de la décision correcte et la norme de la décision raisonnable. La norme de la décision manifestement déraisonnable a été éliminée. Le paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir* offre des indications sur la manière d'appliquer la nouvelle norme de la décision raisonnable :

La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. 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.

[17] I can only grant this application if I find the decision to be unreasonable: *Khokhar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 449, at paragraph 22; *Espinoza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 834, at paragraph 15. However, I must also be mindful of paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] which provides that decisions based on erroneous findings can be disturbed on judicial review if they were made perversely or capriciously or without regard to the evidence: *Da Mota v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 386; *Obeid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 503; *Naumets v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 522.

[18] The alternate issue in this application is whether the status of withholding of removal under United States law is equivalent to the status of Convention refugee within the meaning of the 1951 Convention and under paragraph 101(1)(d) of the IRPA. This is a matter of statutory interpretation that ought to be reviewed on a standard of correctness: *Baron v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2008), 71 Imm. L.R. (3d) 174 (F.C.), at paragraph 9.

Issue 2: Did officer Dela Cruz base her decision on a material error of fact in deciding that Mr. Wangden is ineligible to be referred to the RPD?

Applicant's Submissions

[19] The applicant submits that I do not need to determine whether “withholding of removal” status under U.S. law is equivalent to Convention refugee status but can decide this application solely on the ground that the ineligibility decision was based on erroneous facts. Those facts, obtained by officer

[17] Je peux accueillir la présente demande uniquement si je conclus que la décision est déraisonnable : *Khokhar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 449, au paragraphe 22; *Espinoza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 834, au paragraphe 15. Toutefois, je dois également garder à l'esprit l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] qui prévoit que les décisions fondées sur des conclusions erronées peuvent être modifiées dans le cadre d'un contrôle judiciaire si elles ont été tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments de preuve : *Da Mota c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 386; *Obeid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 503; *Naumets c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 522.

[18] Dans la présente demande, la question subsidiaire est celle de savoir si, en vertu du droit des États-Unis, l'obtention du retrait du processus de renvoi équivaut au statut de réfugié au sens de la Convention en vertu de la Convention de 1951 et de l'alinéa 101(1)d) de la LIPR. Il s'agit d'une question d'interprétation législative qui devrait être examinée selon la norme de la décision correcte : *Baron c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 245, au paragraphe 9.

Question n° 2 : L'agente Dela Cruz a-t-elle fondé sa décision sur une erreur de fait importante en décidant que M. Wangden est inadmissible à un renvoi à la SPR?

Prétentions du demandeur

[19] Le demandeur soutient qu'il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si l'obtention du « retrait du processus de renvoi » en droit américain équivaut au statut de réfugié au sens de la Convention, mais que je peux me prononcer sur la présente demande uniquement selon le motif que la

Rayos Del Sol, indicated that Mr. Wangden had been granted asylum in the United States. This information was inaccurate as he was not granted asylum but rather a different form of protection, that of withholding of removal.

[20] In the applicant's contention, officer Dela Cruz's ineligibility findings should be set aside and a redetermination ordered as it is impossible to know how the officer would have decided the matter had she been aware of the applicant's correct status in the U.S. He submits that the mere fact that there is substantial disagreement between the parties regarding whether withholding of removal equates to Convention refugee status indicates that it cannot be said that officer Dela Cruz's decision would not have been any different had it been based on the correct facts.

Respondent's Submissions

[21] The respondent counters that officer Dela Cruz was not under the mistaken assumption that Mr. Wangden had been granted asylum as opposed to withholding of removal, nor that this distinction is even material to the central question of this application, namely Mr. Wangden's eligibility (or ineligibility) to be referred to the RPD.

[22] The Minister's delegate's decision and reasons do not support the applicant's contention, the respondent argues. While officer Dela Cruz concurred with officer Rayos Del Sol's recommendation, she does not use the word "asylum" in her notes. The evidence before the deciding officer included the applicant's statements to the effect that he had applied for asylum and was not sure of the outcome, but knew that he could live all of his life in the United States.

[23] The respondent contends that it cannot be inferred from this evidence that officer Dela Cruz was

décision quant à l'inadmissibilité était fondée sur des faits erronés. Ces faits, obtenus par l'agente Rayos Del Sol, indiquaient que M. Wangden avait obtenu l'asile aux États-Unis. Cette information était inexacte puisqu'il n'avait pas obtenu l'asile, mais plutôt une forme différente de protection, celle du retrait du processus de renvoi.

[20] Selon la prétention du demandeur, les conclusions de l'agente Dela Cruz quant à l'inadmissibilité devraient être annulées et une nouvelle décision ordonnée puisqu'il est impossible de connaître la décision qu'aurait prise l'agente si elle avait connu le statut exact du demandeur aux États-Unis. Selon lui, le simple fait de l'existence d'un important désaccord entre les parties concernant la question de savoir si le retrait du processus de renvoi équivaut au statut de réfugié au sens de la Convention indique qu'il n'est pas possible de dire que la décision de l'agente Dela Cruz n'aurait pas été différente si elle ne s'était pas appuyée sur des faits corrects.

Prétentions du défendeur

[21] Le défendeur réplique que l'agente Dela Cruz ne supposait pas erronément que M. Wangden avait obtenu l'asile par opposition au retrait du processus de renvoi, pas plus que cette distinction est même importante pour la question centrale dans la présente demande, à savoir l'admissibilité (ou l'inadmissibilité) de M. Wangden à un renvoi à la SPR.

[22] Selon le défendeur, la décision et les motifs de la représentante du ministre n'appuient pas la prétention du demandeur. Même si l'agente Dela Cruz souscrivait à la recommandation de l'agente Rayos Del Sol, elle n'utilise pas le mot « asile » dans ses notes. Les éléments de preuve dont était saisie l'agente qui prenait la décision comprenaient les déclarations du demandeur selon lesquelles il avait demandé l'asile et il n'était pas sûr de l'issue de la demande, mais savait qu'il pouvait vivre toute sa vie aux États-Unis.

[23] Le défendeur soutient qu'il n'est pas possible d'inférer de ces éléments de preuve que l'agente Dela

under the mistaken assumption that the applicant had been granted asylum rather than withholding of removal. Moreover, the respondent submits that the applicant cannot ask this Court to draw the inference he proposes when he had an opportunity to cross-examine the officer on her affidavit as to her awareness of the facts when she made her decision and failed to do so.

[24] Furthermore, the respondent maintains that the term “asylum” used by officer Rayos Del Sol does not establish that she was under the mistaken assumption that the applicant had been granted the form of protection recognized under section 208 [8 U.S.C. § 1158] of the U.S. *Immigration and Nationality Act* (INA). In the respondent’s view, “asylum” can have a general descriptive meaning, which would include both withholding of removal and asylum under United States law. The respondent maintains that the applicant has not established that the term “asylum” was intended to be used for anything other than the broader meaning of the word, which according to the *Cambridge Online Dictionary*, is “protection or safety, especially that given by a government to foreigners who have been forced to leave their own countries for political reasons”.

[25] The respondent also submits that the applicant’s challenge is flawed because it is based on the erroneous premise that the onus was on the officer(s) to establish eligibility, when in fact the burden of proof lay with Mr. Wangden. In the respondent’s estimation, the applicant’s arguments are only a misplaced attempt to reverse the burden.

[26] Lastly, and in the alternative, the respondent maintains that nothing can be gained by sending this matter back for redetermination on the mere possibility that the deciding officer erroneously assumed that the applicant had been granted asylum instead of withholding of removal status, since both forms of protection are the equivalent of Convention refugee status.

Cruz supposait erronément que le demandeur avait obtenu l’asile plutôt que le retrait du processus de renvoi. De plus, le défendeur prétend que le demandeur ne peut demander à la Cour de tirer la conclusion qu’il propose alors qu’il a eu l’occasion de contre-interroger l’agente sur son affidavit concernant sa connaissance des faits lorsqu’elle a pris sa décision et qu’il a omis de le faire.

[24] En outre, le défendeur soutient que le mot « asile » utilisé par l’agente Rayos Del Sol ne montre pas qu’elle supposait erronément que le demandeur avait obtenu la forme de protection reconnue en vertu de l’article 208 [8 U.S.C. § 1158] de la loi américaine intitulée *Immigration and Nationality Act* (INA). De l’avis du défendeur, le mot « asile » peut avoir une signification descriptive générale, qui inclurait à la fois le retrait du processus de renvoi et l’asile en vertu du droit américain. Le défendeur prétend que le demandeur n’a pas montré que le mot « asile » était destiné à être utilisé pour autre chose que dans le sens le plus large du mot qui, selon le *Cambridge Online Dictionary*, signifie [TRADUCTION] « protection ou sécurité, plus particulièrement celle accordée par un gouvernement à des étrangers qui ont été forcés de quitter leur propre pays pour des raisons politiques ».

[25] Le défendeur soutient également que la contestation du demandeur est viciée parce qu’elle se fonde sur la prémisse erronée selon laquelle il incombait à l’agent ou aux agents d’établir l’admissibilité, alors que dans les faits le fardeau de preuve incombe à M. Wangden. De l’avis du défendeur, les arguments du demandeur sont uniquement une tentative injustifiée de renverser le fardeau de la preuve.

[26] Finalement, et subsidiairement, le défendeur soutient qu’il n’y a rien à gagner de renvoyer cette affaire pour une nouvelle décision en raison d’une simple possibilité que l’agente prenant la décision a erronément supposé que le demandeur avait obtenu l’asile plutôt que le retrait du processus de renvoi, puisque les deux formes de protection équivalent au statut de réfugié selon la Convention.

Analysis

[27] Officer Dela Cruz based her determination of ineligibility on the information that officer Rayos Del Sol had obtained from two U.S. sources and from the applicant's statutory declarations. That information revealed that Mr. Wangden had applied for "asylum" in the United States as a refugee and had been granted protection by a U.S. immigration judge. Officer Dela Cruz inferred from that information that Mr. Wangden had been granted protection by the U.S. as a Convention refugee, within the meaning of that term in the IRPA, and could be sent or returned to the U.S. As such, paragraph 101(1)(d) of the IRPA rendered him ineligible to be referred to the RPD.

[28] The onus was on the applicant to establish eligibility for referral and that he failed to do. Mr. Wangden was not forthcoming about his history in the U.S. until confronted with the information obtained from the U.S. database and border official. He then conceded having applied for asylum and acknowledged that he was entitled to remain in the U.S. and could work there. Mr. Wangden did not provide supporting documentation to clarify his status until after the removal order was issued and he was seeking a stay of its execution.

[29] Mr. Wangden's statements in the second declaration that he did not know the outcome of his asylum application, that he was told he could not get a "green card" and that he could not sponsor anyone to join him in the U.S. were the only indicators in the information available to the officers that perhaps his status had not been fully regularized. In contrast, his statement that he had been told by an immigration judge that he could remain in the U.S. and the information obtained from the U.S. sources pointed to a Convention refugee determination.

Analyse

[27] L'agente Dela Cruz a fondé sa décision quant à l'inadmissibilité sur les renseignements que l'agente Rayos Del Sol avait obtenus de deux sources américaines et sur les déclarations solennelles du demandeur. Ces renseignements révélaient que M. Wangden avait présenté une demande d'« asile » aux États-Unis à titre de réfugié et qu'un juge de l'immigration des États-Unis lui avait accordé une protection. L'agente Dela Cruz a conclu de ces renseignements que les États-Unis avaient accordé à M. Wangden une protection en tant que réfugié au sens de la Convention, selon la signification de cette expression dans la LIPR, et qu'il pouvait être envoyé ou retourné aux États-Unis. Dans ce cas, l'alinéa 101(1)d) de la LIPR le rendait inadmissible à un renvoi à la SPR.

[28] Il incombait au demandeur d'établir son admissibilité au renvoi et il a omis de le faire. M. Wangden n'a pas fait preuve de franchise à propos de sa situation aux États-Unis jusqu'à ce qu'on lui présente l'information obtenue de la base de données et de l'agent à la frontière des États-Unis. Il a alors admis avoir présenté une demande d'asile et reconnu qu'il avait le droit de demeurer aux États-Unis et qu'il pouvait y travailler. M. Wangden a fourni des documents d'appui pour clarifier son statut après que la mesure de renvoi a été prononcée et qu'il sollicitait le sursis de son exécution.

[29] Les affirmations de M. Wangden dans la deuxième déclaration selon lesquelles il ne connaissait pas l'issue de sa demande d'asile, qu'il avait été informé qu'il ne pouvait pas obtenir une « carte verte » et qu'il ne pouvait pas parrainer quiconque pour le rejoindre aux États-Unis étaient les seules indications dans les renseignements accessibles aux agentes que peut-être son statut n'avait pas été entièrement régularisé. Par contraste, sa déclaration selon laquelle un juge de l'immigration lui avait dit qu'il pouvait demeurer aux États-Unis et les renseignements obtenus des sources américaines militaient en faveur d'une décision visant un réfugié au sens de la Convention.

[30] In these circumstances, officer Dela Cruz's ineligibility decision was reasonable having regard to the evidence that was available to her at the time. In the absence of any information to the contrary, it was reasonable for the delegate to conclude that Mr. Wangden had been found to be a Convention refugee in the U.S. and could be returned to that country. Indeed, the applicant acknowledged in argument that his status of "withholding" was unknown to the delegate. Nonetheless, he argues that it was a material error of fact to find that he enjoyed Convention refugee status.

[31] In my view, the delegate did not base her decision on a finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before her. Based on that material, she made a reasonable finding of fact as to the applicant's status in the U.S. and made the determination compelled by that finding. Whether that decision was based on a material error of fact depends on the answer to the next question.

Issue 3: Did officer Dela Cruz err in law in finding that the applicant was ineligible to be referred to the RPD because he had already been recognized as a Convention refugee in the United States?

Is withholding of removal under United States law equivalent to Convention refugee status?

Applicant's Submissions

[32] The applicant submits, in the alternative, that there are compelling arguments in favour of the proposition that withholding of removal under U.S. immigration law does not equate to Convention refugee status. His reasons are threefold.

[30] Dans ces circonstances, la décision de l'agente Dela Cruz quant à l'inadmissibilité était raisonnable, compte tenu des éléments de preuve dont elle disposait à ce moment-là. En l'absence de renseignements contraires, il était raisonnable pour la représentante de conclure que M. Wangden avait été déclaré réfugié au sens de la Convention aux États-Unis et qu'il pouvait retourner dans ce pays. En effet, le demandeur a reconnu, en plaidoirie, que la représentante n'avait pas connaissance du « retrait » du processus de la mesure de renvoi. Il soutient néanmoins que la conclusion selon laquelle il bénéficiait du statut de réfugié au sens de la Convention constituait une erreur de fait importante.

[31] À mon avis, la représentante du ministre n'a pas fondé sa décision sur une conclusion de fait tirée de manière abusive ou arbitraire sans tenir compte de la preuve dont elle était saisie. Compte tenu de cette preuve, elle a tiré une conclusion de fait raisonnable concernant le statut du demandeur aux États-Unis et a pris la décision qu'appelait cette conclusion. La question de savoir si cette décision était fondée sur une erreur de fait importante dépend de la réponse à la question suivante.

Question n° 3 : L'agente Dela Cruz a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le demandeur était inadmissible à un renvoi à la SPR parce qu'il avait déjà été reconnu comme réfugié au sens de la Convention aux États-Unis?

En droit américain, le retrait du processus de renvoi équivaut-il au statut de réfugié au sens de la Convention?

Prétentions du demandeur

[32] Le demandeur soutient, subsidiairement, qu'il existait des arguments de poids en faveur de la proposition selon laquelle le retrait du processus de renvoi selon le droit de l'immigration des États-Unis n'équivaut pas au statut de réfugié au sens de la Convention. Il invoque trois motifs.

[33] First, the applicant submits that it is not disputed that persons who have withholding status do not enjoy protection against expulsion to a safe third country under Article 32 of the Convention. This indicates that withholding of removal does not confer Convention refugee status on its holders. Article 32 extends protection only to persons who are “lawfully in” the territory of the state party. And according to the expert opinion evidence, that does not apply to persons subject to removal orders who are granted withholding.

[34] Second, the applicant submits that withholding of removal in the United States does not amount to Convention refugee status, but rather to a status that is comparable to a “restricted PRRA” under the IRPA. The applicant asserts that persons whose pre-removal risk assessment [PRRA] applications succeed are denied refugee protection and thus the ability to apply for permanent residence, similar to claimants who are granted withholding of removal status in the United States.

[35] Lastly, the applicant points to the “compelling reasons” exception to the requirement that refugee claimants must demonstrate a well-founded fear of future persecution. This exception has been codified under United States law but applies only to individuals who are granted asylum and not to those who enjoy withholding of removal status.

Respondent’s Submissions

[36] The respondent submits that withholding of removal is the manner in which the United States implements its non-refoulement obligation under Article 33 of the 1951 Convention. Two passages are cited from the U.S. Supreme Court decision in *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987) (*INS v. Cardoza-Fonseca*) to support this proposition (at pages 436, 440–441):

[33] Premièrement, le demandeur prétend qu’il n’est pas contesté que les personnes qui font l’objet d’un retrait du processus de renvoi ne bénéficient pas d’une protection contre une expulsion vers un tiers pays sûr en vertu de l’article 32 de la Convention. Ceci indique que le retrait du processus de renvoi ne confère pas le statut de réfugié au sens de la Convention à celui qui en fait l’objet. L’article 32 accorde la protection uniquement aux personnes qui se trouvent « régulièrement » sur le territoire de l’État partie. De plus, selon la preuve sous forme d’opinion d’expert, cela ne s’applique pas aux personnes visées par une mesure de renvoi à qui le retrait du processus de renvoi est accordé.

[34] Deuxièmement, le demandeur soutient que le retrait du processus de renvoi aux États-Unis n’équivaut pas au statut de réfugié au sens de la Convention, mais plutôt à un statut comparable à un [TRADUCTION] « ERAR restreint » en vertu de la LIPR. Le demandeur affirme que les personnes dont l’examen des risques avant renvoi [ERAR] est favorable se voient refuser l’asile et, par conséquent, ne peuvent présenter une demande de résidence permanente, d’une manière semblable aux demandeurs à qui le retrait du processus de renvoi est accordé aux États-Unis.

[35] Finalement, le demandeur mentionne l’exception des « arguments de poids » à l’égard de l’exigence selon laquelle les demandeurs d’asile doivent montrer craindre avec raison d’être persécutés dans l’avenir. Cette exception a été codifiée en droit américain, mais ne s’applique qu’aux personnes à qui l’asile a été accordé et non aux personnes faisant l’objet du retrait de la mesure de renvoi.

Prétentions du défendeur

[36] Le défendeur soutient que le retrait du processus de renvoi est la manière selon laquelle les États-Unis exécutent leur obligation de non-refoulement en vertu de l’article 33 de la Convention de 1951. Pour appuyer cette proposition, deux extraits de la décision *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987) (*INS v. Cardoza-Fonseca*) de la Cour suprême des États-Unis sont cités (aux pages 436, 440 et 441) :

If one thing is clear from the legislative history of the new definition of “refugee”, and indeed the entire 1980 (Refugee) Act, it is that one of Congress’ primary purposes was to bring United States refugee law into conformance with the 1967 United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees....

...

This [the withholding of deportation or non-refoulement] provision corresponds to Article 33.1 of the Convention... [which] requires that an applicant satisfy two burdens: first, that he or she be a “refugee,” *i.e.*, prove at least a “well-founded fear of persecution”; second, that the “refugee” show that his or her life or freedom “would be threatened” if deported.

The respondent maintains that from the perspective of United States refugee law, withholding of removal amounts to recognition as a Convention refugee.

[37] The argument that withholding of removal does not amount to Convention refugee status because it leaves open the possibility of removal to a safe third country, contrary to Article 32 of the Convention, lacks an evidentiary foundation in the respondent’s submission. There is no evidence to suggest that Mr. Wangden was or will be at risk of being removed to a third country or that such action has ever been contemplated by the U.S. authorities. The evidence is that removal to a third safe country of a person who has been granted withholding is quite rare. Thus, the respondent asserts, the applicant’s argument on this point is purely academic.

[38] The respondent argues further that the parliamentary intent expressed in the IRPA is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted. This, according to the respondent, is emphasized by the fact that non-refoulement is the primary focus of Canada’s refugee program. Applying the modern approach to statutory interpretation adopted by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 to the meaning of paragraph 101(1)(d) of the IRPA supports the conclusion that withholding of removal

[TRANSLATION] L’historique législatif de la nouvelle définition du mot « réfugié », de même que la loi de 1980 (sur les réfugiés) toute entière, indiquent clairement que l’un des principaux objectifs du Congrès visait à rendre le droit des réfugiés aux États-Unis conforme au Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés (1967) [...]

[...]

Cette disposition [le retrait du processus d’expulsion ou non-refoulement] correspond à l’article 33.1 de la Convention [...] [qui] exige qu’un demandeur s’acquitte de deux fardeaux : premièrement, qu’il soit un « réfugié », c’est-à-dire qu’il prouve qu’il craint avec raison d’être persécuté ; deuxièmement, que le « réfugié » démontre que sa vie ou sa liberté « serait menacée » s’il était expulsé.

Le défendeur soutient que, du point de vue du droit des réfugiés des États-Unis, le retrait du processus de renvoi correspond à la reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention.

[37] L’argument selon lequel le retrait du processus de renvoi ne correspond pas au statut de réfugié au sens de la Convention parce qu’il donne ouverture à la possibilité de renvoi à un tiers pays sûr, contrairement à l’article 32 de la Convention, n’est pas fondé sur un élément de preuve selon le défendeur. Il n’existe aucune preuve indiquant que M. Wangden risquait ou risquera d’être renvoyé à un tiers pays ou que les autorités américaines ont même envisagé une telle mesure. La preuve indique que le renvoi d’une personne qui a obtenu le retrait du processus de renvoi à un tiers pays est assez rare. Ainsi, comme le soutient le défendeur, l’argument du demandeur sur ce point est purement théorique.

[38] Le défendeur soutient de plus que l’intention du législateur exprimée dans la LIPR est de tout d’abord sauver des vies et offrir la protection aux personnes déplacées et persécutées. Selon le défendeur, ceci est illustré par le fait que le non-refoulement est le principal aspect du programme des réfugiés du Canada. L’application de l’approche moderne à l’égard de l’interprétation législative adoptée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 avec signification de l’alinéa 101(1)d) de la LIPR appuie la conclusion selon

under U.S. law is tantamount to Convention refugee status as contemplated by that paragraph.

[39] In further support of this argument, the respondent points to the Federal Court decision in *Mohamed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 127 F.T.R. 241 wherein the applicants' refugee claim was denied under Article 1E of the Convention. In dismissing the applicants' challenge of the decision, Rothstein J. [as he then was] made the following remarks, at paragraphs 8 and 9 of his reasons:

Applicants' counsel makes the argument that the applicants' status in Sweden is subject to expiry. Therefore they do not have the right of a national envisaged by section E of Article 1 of the Convention. However, the evidence is that having been granted permanent resident status in Sweden, it is only the certificate that must be periodically renewed. There is no evidence that permanent residence status in Sweden is subject to some form of arbitrary cancellation.

This case raises the disturbing question of asylum shopping. If applicants' counsel were correct in his domicile argument, applicants could, at their own will, reject the protection of one country by unilaterally abandoning that country for another. Indeed, that is what has occurred here. The Geneva Convention exists for persons who require protection and not to assist persons who simply prefer asylum in one country over another. The Convention and the *Immigration Act* should be interpreted with the correct purpose in mind.

[40] The respondent submits that Parliament's intention is reflected in the parliamentary debates respecting the 1993 amendments whereby the wording of paragraph 101(1)(d) of the IRPA was changed. In his estimation, Parliament did not intend for that provision to include consideration of whether a person could remain in the country in which that person was a recognized refugee, or to include consideration by the deciding officer of whether that person had a credible

laquelle le retrait du processus de renvoi en vertu du droit américain équivaut au statut de réfugié au sens de la Convention, tel que le prévoit cet alinéa.

[39] En outre, encore à l'appui de cet argument, le défendeur mentionne la décision de la Cour fédérale dans *Mohamed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 400 (1^{re} inst.) (QL), dans laquelle la demande d'asile des demandeurs a été refusée en vertu de la section E de l'article premier de la Convention. En rejetant la contestation de la décision présentée par les demandeurs, le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême] a fait les observations suivantes, aux paragraphes 8 et 9 de ses motifs :

L'avocat des requérants fait valoir que le statut que les requérants possèdent en Suède est susceptible d'expirer. Ils ne possèdent donc pas le droit d'un ressortissant visé par la section E de l'article premier de la Convention. Toutefois, suivant la preuve, comme les requérants ont obtenu le statut de résidents permanents en Suède, ce n'est que leur certificat qui doit être renouvelé périodiquement. Rien ne permet de penser que le statut de résident permanent en Suède soit sujet à une sorte d'annulation arbitraire.

La présente affaire soulève le problème troublant des personnes qui comparent les pays en vue de trouver celui où elles vont réclamer l'asile. Si le moyen invoqué par l'avocat des requérants au sujet du domicile était bien fondé, les requérants pourraient, de leur propre gré, rejeter la protection d'un pays en l'abandonnant unilatéralement pour un autre. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en l'espèce. L'objet de la Convention de Genève est d'aider les personnes qui ont besoin de protection et non de venir en aide aux personnes qui préfèrent tout simplement demander asile dans un pays de préférence à un autre. La Convention et la *Loi sur l'immigration* devraient être interprétées en tenant compte de leur objectif véritable.

[40] Le défendeur soutient que l'intention du législateur apparaît dans les débats parlementaires concernant les modifications de 1993 en vertu desquelles le libellé de l'alinéa 101(1)d) de la LIPR a été modifié. À son avis, le législateur n'avait pas l'intention que cette disposition inclut la question de savoir si une personne pouvait demeurer dans le pays dans lequel elle était reconnue comme réfugié, ou inclure l'examen, par l'agent prenant la décision, de la question de savoir si

basis for a well-founded fear of persecution in the country in which he or she was granted asylum.

[41] On a plain reading of paragraph 101(1)(d) of the IRPA, a claimant is inadmissible if he or she has already been “recognized as a Convention refugee by a country other than Canada and can be sent or returned to that country”. The respondent asserts that nothing in that provision suggests that, in order to be recognized as a Convention refugee in the country to which he or she can be returned, the refugee cannot be subjected to the possibility of removal to a safe third country.

[42] Moreover, the respondent contends that the scheme of the IRPA supports his interpretation of paragraph 101(1)(d). Specifically, section 96 of the IRPA defines a “Convention refugee” and the respondent argues that a person granted withholding of removal under U.S. law meets this definition. The respondent also points to section 115 of the IRPA which provides that “[a] protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk”. In the respondent’s view, this express prohibition against refoulement reiterates that Canada’s refugee program is primarily concerned about protecting people from risk and not whether they might have the full panoply of rights, benefits, or privileges provided for under the Convention.

[43] Lastly, the respondent discusses the administrative nature of a border services’ ineligibility decision under IRPA paragraph 101(1)(d) and quotes the following remarks of Justice Evans, at paragraph 44 in *Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 266 (T.D.):

In my view, the words “can be returned” do not require the senior immigration officer to determine whether the claimant has a well-founded fear of persecution in the country that has already granted asylum. The repeal in 1993 of the specific provision dealing with this very issue suggests that it should

cette personne avait un minimum de fondement pour craindre avec raison d’être persécutée dans le pays dans lequel elle avait obtenu l’asile.

[41] À une simple lecture de l’alinéa 101(1)d) de la LIPR, un demandeur est inadmissible s’il a déjà fait l’objet d’une « reconnaissance de la qualité de réfugié par un pays vers lequel il peut être renvoyé ». Le défendeur affirme que rien dans cette disposition n’indique qu’afin d’être reconnu à titre de réfugié au sens de la Convention par le pays vers lequel il peut être renvoyé, le réfugié ne peut pas être assujéti à la possibilité d’un renvoi à un tiers pays sûr.

[42] De plus, le défendeur prétend que le régime de la LIPR appuie son interprétation de l’alinéa 101(1)d). Plus précisément, l’article 96 de la LIPR définit le « réfugié au sens de la Convention » et le défendeur soutient qu’une personne qui a obtenu le retrait du processus de renvoi selon le droit américain répond à cette définition. Le défendeur mentionne également l’article 115 de la LIPR qui prévoit ce qui suit : « Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution [...], la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée. » De l’avis du défendeur, cette interdiction expresse contre le refoulement indique encore une fois que le programme du Canada à l’égard des réfugiés se préoccupe principalement de la protection des personnes contre les risques et non pas de la question de savoir si elles pourraient avoir la gamme complète des droits, des avantages ou des privilèges offerts en vertu de la Convention.

[43] En fait, le défendeur discute de la nature administrative d’une décision des services frontaliers en matière d’inadmissibilité en vertu de l’alinéa 101(1)d) de la LIPR et cite les commentaires suivants du juge Evans, au paragraphe 44 de la décision *Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 1 C.F. 266 (1^{re} inst.) :

À mon avis, les mots « peut être renvoyé » ne signifient pas que l’agent principal soit tenu d’examiner si le demandeur craint avec raison d’être persécuté dans le pays d’asile. L’abrogation en 1993 de la disposition portant expressément sur cette situation signifie qu’il ne faut pas la réincorporer

not be read back into the statute through the words “can be returned” in paragraph 46.01(1)(a). To require a senior immigration officer to determine whether a claimant has satisfied the definition of a Convention refugee would seem incompatible with the expeditious and relatively straightforward administrative process contemplated by the statutory scheme for screening certain claims out of the Refugee Division’s jurisdiction.

The respondent argues that it is incompatible with the expeditious and relatively straightforward administrative process of screening refugee claims out of the RPD’s jurisdiction to have officers determine whether a claimant has satisfied the definition of a Convention refugee.

The Expert Opinion Evidence

[44] As noted above, the parties tendered the opinion evidence of two American lawyers as to the legal effect of “withholding of removal” status under U.S. law.

[45] Attorney Craig Trebilcock has practiced immigration and nationality law since 1986 in Pennsylvania. His brief affidavit cites no specific authorities in support of the legal opinions he asserts. He states that withholding of deportation under 8 U.S.C. § 1231(b)(3)(A) [INA § 241(b)(3)(A)] provides only limited rights to persons subject to removal from the United States.

[46] In Mr. Trebilcock’s view, refugee status under the 1951 Convention protects not only against refoulement to the country of persecution but also against expulsion to any other country that would accept the individual, except under the narrowly defined circumstances set out in Article 32. Moreover, Mr. Trebilcock says that by coming to Canada, the applicant surrendered his rights under withholding of removal status and would have to begin a new claim for asylum, or withholding of removal under the Refugee Convention and/or protection under the Convention against Torture (CAT) if he were to return to the U.S.

implicitement dans le texte à travers les mots « peut être renvoyé » figurant à l’alinéa 46.01(1)a). Faire à l’agent principal obligation d’examiner si un demandeur satisfait à la définition de réfugié au sens de la Convention serait incompatible avec le processus expéditif et relativement simple prévu dans ce régime légal pour écarter certaines revendications irrecevables par la section du statut.

Le défendeur soutient que demander à des agents de décider si un demandeur d’asile répond à la définition de réfugiés au sens de la Convention est incompatible avec le processus administratif expéditif et relativement simple visant à écarter les demandes d’asile irrecevables de la SPR.

La preuve d’opinion d’expert

[44] Tel que mentionné ci-dessus, les parties ont présenté une preuve sous la forme de l’opinion de deux avocats américains quant à l’effet juridique du « retrait du processus de renvoi » en droit américain.

[45] L’avocat Craig Trebilcock pratique en droit de l’immigration et de la citoyenneté depuis 1986 en Pennsylvanie. Son court affidavit ne cite aucune jurisprudence précise à l’appui des opinions juridiques qu’il fait valoir. Il déclare que le retrait du processus d’expulsion en vertu de la disposition 8 U.S.C. § 1231(b)(3)(A) [§241(b)(3)(A) de l’INA] accorde uniquement des droits limités aux personnes qui peuvent être renvoyées des États-Unis.

[46] De l’avis de M^e Trebilcock, le statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951 protège non seulement contre le refoulement vers le pays de persécution, mais également contre l’expulsion vers un autre pays qui accepterait la personne, sauf dans des situations étroitement définies comme le prévoit l’article 32. De plus, M^e Trebilcock déclare qu’en venant au Canada, le demandeur a renoncé à ses droits en vertu du retrait du processus de renvoi et il serait tenu de présenter une nouvelle demande d’asile ou de retrait du processus de renvoi en vertu de la Convention relative aux réfugiés et (ou) une protection en vertu de la Convention contre la torture (CCT) s’il devait revenir aux États-Unis.

[47] Professor Martin's qualifications and breadth of knowledge in this area of law are impressive. Professor Martin has had over 29 years of experience in the study of U.S. immigration and refugee law and comparative legal systems. He has practised extensively in the field including three years as General Counsel to the Immigration and Naturalization Service. He has participated in the drafting of U.S. refugee statutes and has written or edited a considerable number of related texts and articles. As a consultant to various national bodies including Congress, he has conducted studies of foreign asylum adjudication systems including that of Canada.

[48] Professor Martin's affidavit, supported by references to the statutes and the jurisprudence, provides an overview of the U.S. system for adjudicating requests for political asylum and related forms of protection including "withholding of removal". In addition, he had read the material submitted in support of this application by the applicant, including Mr. Trebilcock's affidavit, and provides an opinion on the issues raised therein. Some aspects of his opinion were explored on cross-examination but, in my estimation, did not result in any substantive change in the views that he had expressed.

[49] In Professor Martin's opinion, the grant of withholding of removal in the United States under INA § 241(b)(3) amounts to recognition as a refugee under the 1951 Refugee Convention. Although a person granted withholding enjoys a more limited range of rights than a person granted asylum under INA § 208 [8 U.S.C. § 1158], he or she receives the full range of rights guaranteed by the Convention to a refugee in comparable circumstances and in fact is granted rights that go beyond what the Convention requires.

[50] Both experts are in agreement that the legal standard for obtaining withholding of removal status is actually higher than that required for asylum. However,

[47] Les compétences et l'étendue des connaissances du professeur Martin dans ce domaine du droit sont impressionnantes. Le professeur Martin compte plus de 29 ans d'expérience dans l'étude du droit américain de l'immigration et des réfugiés et des régimes juridiques comparatifs. Il possède une grande expérience pratique dans le domaine, dont trois ans à titre d'avocat général auprès du Immigration and Naturalization Service (service de l'immigration et de la naturalisation). Il a participé à la rédaction des lois américaines sur les réfugiés et a rédigé ou édité un nombre considérable de textes et d'articles connexes. À titre de consultant auprès de divers organismes nationaux, notamment le Congrès, il a réalisé des études sur les systèmes étrangers de détermination du droit d'asile, dont celui du Canada.

[48] L'affidavit du professeur Martin, appuyé par des références aux lois et à la jurisprudence, offre un aperçu du système américain de détermination des demandes d'asile politique et des formes connexes de protection, dont « le retrait du processus de renvoi ». De plus, il a lu les documents présentés par le demandeur à l'appui de la présente demande, y compris l'affidavit de M^e Trebilcock, et offre une opinion sur les questions qui y sont soulevées. Certains aspects de son opinion ont été explorés au moment de son contre-interrogatoire mais, à mon avis, cela n'a pas entraîné une modification substantielle des opinions qu'il avait exprimées.

[49] Selon l'opinion du professeur Martin, aux États-Unis, l'obtention du retrait du processus de renvoi en vertu de la disposition 241(b)(3) de l'INA équivaut à une reconnaissance à titre de réfugié en vertu de la Convention de 1951 relative aux réfugiés. Même si une personne faisant l'objet d'un retrait du processus de renvoi jouit d'un éventail de droits plus limités qu'une personne à qui l'asile a été accordé en vertu de la disposition 208 de l'INA [8 U.S.C. § 1158], elle reçoit la gamme complète des droits garantis par la Convention à un réfugié dans une situation comparable et, en pratique, elle obtient des droits qui vont au-delà de ce qu'exige la Convention.

[50] Les deux experts s'accordent pour dire que la norme juridique pour obtenir le retrait du processus de renvoi est, dans les faits, plus stricte que celle exigée

it does not confer the right to permanent residence in the U.S. Mr. Trebilcock states that persons holding that status can remain only for so long as the U.S. cannot find a third country to which they can be removed.

[51] In Professor Martin's opinion, the Convention does not guarantee that the full panoply of rights should apply to all refugees. It is consistent with the Convention for a Contracting State to withhold certain rights and to leave open the possibility of sending a refugee to a safe third country other than the country in which he or she fears persecution, provided of course that he or she not be at risk. That happens rarely as it is uncommon that other countries are prepared to accept such persons. In any event, before such action could be taken, Mr. Wangden would be entitled to again claim the full range of protection in relation to that third country.

[52] In Professor Martin's estimation, entitlement to certain Convention rights depends on the type of "lawful status" or attachment held by the refugee in the state in which protection has been sought. He draws a distinction between a refugee who is merely present in the territory, a refugee who is "lawfully in the territory" and a refugee who is "lawfully staying in the territory". He explains that some core rights necessarily apply to all refugees by virtue of their mere presence in the territory, including non-refoulement (Article 33), non-discrimination (Article 3), freedom of religion (Article 4), access to courts (Article 16) and access to public education (Article 22). Other rights provided for under the Convention, such as freedom of movement (Article 26), apply only to refugees "lawfully in" the territory. And other more restricted rights apply only to refugees "lawfully staying in" the territory, for example the right to housing, public relief and social security (articles 21, 23 and 24).

[53] With regard to Article 32 of the Convention, Professor Martin contends that the rights guaranteed thereunder apply solely to refugees who are "lawfully

pour l'asile. Toutefois, le retrait de la mesure de renvoi ne confère pas le droit de résider en permanence aux États-Unis. M^e Trebilcock déclare que les personnes visées par un tel retrait peuvent y demeurer tant que les États-Unis n'ont pas trouvé un tiers pays vers lequel elles peuvent être renvoyées.

[51] Selon l'opinion du professeur Martin, la Convention ne garantit pas que la panoplie complète des droits doive s'appliquer à tous les réfugiés. Il est conforme à la Convention qu'un État contractant retienne certains droits et laisse la porte ouverte à l'envoi d'un réfugié vers un autre tiers pays que le pays dans lequel il craint d'être persécuté, pourvu évidemment qu'il ne coure pas de risque. Cela se produit souvent, car il est rare que d'autres pays soient disposés à accepter de telles personnes. De toute façon, avant qu'une telle mesure soit prise, M. Wangden aurait le droit de demander à nouveau une protection complète relativement à ce tiers pays.

[52] De l'avis du professeur Martin, le droit à certains droits en vertu de la Convention est fonction du type de « statut juridique » ou d'attachement que possède le réfugié dans l'État dans lequel la protection a été demandée. Il fait une distinction entre un réfugié qui est simplement présent sur le territoire, un réfugié qui se trouve « régulièrement sur [le] territoire » et le réfugié « résidant régulièrement sur [le] territoire ». Il explique que certains droits fondamentaux s'appliquent nécessairement à tous les réfugiés en raison de leur simple présence sur le territoire, y compris le non-refoulement (article 33), la non-discrimination (article 3), la liberté de religion (article 4), l'accès aux tribunaux (article 16) et l'accès à l'éducation publique (article 22). D'autres droits prévus par la Convention, tels que la liberté de circulation (article 26), s'appliquent uniquement aux réfugiés se trouvant « régulièrement » sur le territoire. Enfin, d'autres droits plus restreints s'appliquent uniquement aux réfugiés « résidant régulièrement » sur le territoire, par exemple le droit au logement, à l'assistance publique et à la sécurité sociale (articles 21, 23 et 24).

[53] En ce qui a trait à l'article 32 de la Convention, le professeur Martin soutient que les droits qui y sont garantis s'appliquent uniquement aux réfugiés se

in the territory”. In his opinion, persons granted withholding of removal are refugees but are not “lawfully in” United States’ territory; therefore they are not protected under Article 32. He submits that Mr. Wangden is a Convention refugee but one who lacks lawful presence or lawful residence in the United States. Therefore, he finds it consistent with the Convention that Mr. Wangden is only entitled to the core rights under the Convention, namely those that apply to all refugees present in the United States, and that he is not guaranteed against removal to a safe third country.

[54] Professor Martin disputes Mr. Trebilcock’s assertion that Mr. Wangden will have lost withholding protection by having left the U.S. In his discussion he compares two U.S. cases, namely *Matter of T-*, 6 I. & N. Dec. 638 (BIA 1955) and *Matter of R-D-*, 24 I. & N. Dec. 221 (BIA 2007) and explains that the outcome will depend on whether the circumstances in question amount to a departure. If there is in fact a departure from the United States, then the holder does not have an automatic right to return to the United States as he or she is deemed to have executed his or her own removal order.

[55] In Professor Martin’s opinion, Mr. Wangden’s particular situation should not be considered a departure since he was not granted entry into Canada and is subject to a removal order. The stay of execution of that order he compares to a form of parole extended to persons permitted to physically remain in the U.S. pending the outcome of legal proceedings. In his view, Mr. Wangden should maintain his withholding of removal status upon his return to the United States. Even if his particular circumstance were to be deemed a departure, Professor Martin notes, Mr. Wangden would be eligible to make a fresh claim upon his return and it is very unlikely that he would be detained by United States’ authorities.

trouvant « régulièrement sur [le] territoire ». Selon son avis, les personnes qui ont obtenu le retrait du processus de renvoi sont des réfugiés, mais elles ne se trouvent pas « régulièrement sur [le] territoire ». Elles ne peuvent donc pas être protégées en vertu de l’article 32. Il prétend que M. Wangden est un réfugié au sens de la Convention, mais un réfugié dont la présence ou la résidence n’est pas régulière aux États-Unis. Il conclut donc qu’il est conforme à la Convention que M. Wangden ait droit uniquement aux droits fondamentaux en vertu de la Convention, notamment ceux qui s’appliquent à tous les réfugiés présents aux États-Unis, et qu’il ne soit pas protégé contre le renvoi à un tiers pays sûr.

[54] Le professeur Martin conteste l’affirmation de M^e Trebilcock selon laquelle M. Wangden aura perdu la protection du retrait du processus de renvoi en ayant quitté les États-Unis. Dans son analyse, il compare deux décisions américaines, à savoir *Matter of T-*, 6 I. & N. Dec. 638 (BIA 1955) et *Matter of R-D-*, 24 I. & N. Dec. 221 (BIA 2007) et il explique que l’issue sera fonction de la question de savoir si les circonstances en cause constituent un départ. En effet, s’il y a départ des États-Unis, la personne visée par le retrait du processus de renvoi n’a pas automatiquement le droit de retourner aux États-Unis puisqu’elle est réputée avoir exécuté sa propre mesure de renvoi.

[55] Selon l’opinion du professeur Martin, la situation particulière de M. Wangden ne devrait pas être considérée comme un départ, puisque l’entrée au Canada ne lui a pas été accordée et qu’il est visé par une mesure de renvoi. Il compare le sursis de cette mesure à une forme de libération conditionnelle accordée aux personnes autorisées à demeurer physiquement aux États-Unis en attendant l’issue des procédures judiciaires. À son avis, M. Wangden devrait continuer à faire l’objet du retrait du processus de renvoi à son retour aux États-Unis. Même si cette situation particulière était réputée un départ, souligne le professeur Martin, M. Wangden serait admissible à présenter une nouvelle demande à son retour et il est très peu probable que les autorités des États-Unis le détiendraient.

Analysis and Conclusion

[56] What is central to this application is the interpretation of the meaning of “Convention refugee” in paragraph 101(1)(d) of the IRPA. Under Article 1 of the Convention, a “refugee” is a person who, “owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

[57] All “Convention refugees” are guaranteed certain fundamental core rights, including non-discrimination (Article 3), freedom of religion (Article 4), exemption from reciprocity (Article 7), exemption from exceptional measures (Article 8), rights with respect to movable and immovable property (Article 13), artistic and industrial property rights (Article 14), access to courts (Article 16), and the right to public education (Article 22).

[58] The language of the Convention categorizes refugees based on the permanence of their attachment or status in the Contracting States. The following terms are used in the Convention to distinguish between the varying forms of attachment or status of refugees: “a refugee” or “refugees within the territory”; “a refugee lawfully in their territory”; and “refugees lawfully staying in their country”.

[59] According to the respondent’s expert affiant, individuals granted withholding of removal are not “lawfully in” or “lawfully staying in the country” in which they have been granted protection, and for that reason they are not entitled to every right or guarantee under the Convention; however they are entitled to the core rights of the Convention—those that are

Analyse et conclusion

[56] L’aspect fondamental de la présente demande est l’interprétation de la signification de « réfugié au sens de la Convention » dans l’alinéa 101(1)d) de la LIPR. En vertu de l’article premier de la Convention, un « réfugié » est une personne qui, « craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ».

[57] Certains droits fondamentaux sont garantis à tous les « réfugiés au sens de la Convention », notamment le droit à la non-discrimination (article 3), la liberté de religion (article 4), la dispense de réciprocité (article 7), la dispense des mesures exceptionnelles (article 8), les droits à l’égard de la propriété mobilière et immobilière (article 13), les droits de propriété intellectuelle et industrielle (article 14), le droit d’ester en justice (article 16) et le droit à l’éducation publique (article 22).

[58] Le libellé de la Convention classe les réfugiés selon la permanence de leur attachement ou de leur statut dans les États contractants. La Convention utilise les mots et expressions suivants pour faire la distinction entre les diverses formes d’attachement ou de statut des réfugiés : un « réfugié » ou un « réfugié sur leur territoire »; un « réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire »; un « réfugié résidant régulièrement sur leur territoire ».

[59] Selon l’expert du défendeur qui a souscrit un affidavit, les personnes visées par le retrait du processus de renvoi ne se « trouvent [pas] régulièrement » sur le territoire pas plus qu’elles ne « résident régulièrement sur le territoire » où la protection leur a été accordée. Pour cette raison, elles n’ont pas droit à tous les droits et toutes les garanties prévus par la Convention. Elles

conferred on all refugees within the territory of the Contracting States.

[60] The expert evidence is that asylum and withholding of removal are two different methods provided for under the *Immigration and Nationality Act* (INA) through which an otherwise “deportable alien”, in U.S. terms, who claims a fear of persecution can seek relief. The point of contention is whether both forms of relief, which confer different rights and benefits on their respective holders, equate to Convention refugee status. A brief explanation of each, drawn from Professor Martin’s evidence, would assist this discussion.

[61] Asylum, under the INA, is available to claimants who can establish a well-founded fear of persecution on account of one of the five grounds specified in the 1951 Convention: race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion. The INA Regulations [*Aliens and Nationality*, 8 C.F.R. § 208.13(b)(2)] describe the “well-founded fear” standard as “a reasonable possibility of suffering such persecution if the claimant were to return to that country”. This definition is in essence the same as that prescribed under Article 1 of the Convention as well as that under section 96 of the IRPA.

[62] Asylum is a discretionary remedy granted only to eligible claimants. Asylum status affords a wide range of rights to its holders. Most importantly, a person granted asylum may not be deported to any country while in this status. In addition, asylees are fully authorized to work in the United States, are entitled to bring in their spouse and minor unmarried children and may apply for permanent residence after one year in asylum status.

[63] Withholding of removal protects eligible claimants from removal or deportation to a country in

ont toutefois droit aux droits fondamentaux de la Convention, ceux qui sont conférés à tous les réfugiés sur le territoire des États contractants.

[60] Selon la preuve d’expert, l’asile et le retrait du processus de renvoi sont deux moyens différents prévus par la *Immigration and Nationality Act* (INA) en vertu desquels un [TRADUCTION] « étranger [autrement] passible d’expulsion » (*deportable alien*), selon l’expression américaine, qui craint d’être persécuté peut solliciter une réparation. Le point en litige est la question de savoir si les deux formes de réparation, qui confèrent des droits et des avantages différents à ceux visés par l’une ou l’autre réparation, équivalent au statut de réfugié au sens de la Convention. Une brève explication de chaque réparation, tirée du témoignage du professeur Martin, serait utile à la présente discussion.

[61] Selon l’INA, l’asile est offert aux demandeurs qui craignent avec raison d’être persécutés pour l’un des cinq motifs prévus dans la Convention de 1951 : la race, la religion, la nationalité, l’appartenance à un certain groupe social ou les opinions politiques. Le règlement pris en vertu de l’INA [*Aliens and Nationality*, 8 C.F.R. § 208.13(b)(2)] décrit la norme de la [TRADUCTION] « crainte fondée » comme [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable de faire l’objet d’une telle persécution si le demandeur devait retourner dans ce pays ». Cette définition est essentiellement la même que celle prévue à l’article premier de la Convention, de même que celle de l’article 96 de la LIPR.

[62] L’asile est une réparation discrétionnaire accordée uniquement aux demandeurs admissibles. L’asile accorde un large éventail de droits à ceux qui l’obtiennent. Mais surtout, une personne qui a obtenu l’asile ne peut être expulsée dans aucun pays tant qu’elle bénéficie de celui-ci. De plus, les personnes à qui l’asile a été accordé sont pleinement autorisées à travailler aux États-Unis, ont le droit de faire venir leurs conjoint et enfants non mariés mineurs et peuvent demander la résidence permanente un an suivant l’obtention de l’asile.

[63] Le retrait du processus de renvoi protège les demandeurs admissibles contre le renvoi ou l’expulsion

which they are at risk but does not prevent exclusion or deportation to another hospitable, safe country willing to accept or take in the refugee. Withholding of removal is not a discretionary remedy. An entitlement exists for the subcategory of refugees who can show that it is more likely than not they would be threatened upon return to their home country: *INS v. Cardoza-Fonseca*, above.

[64] According to the United States Supreme Court decisions in *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984) and in *INS v. Cardoza-Fonseca*, above, the standard of proof for granting withholding of removal is more demanding than the standard for asylum. To obtain the former, the claimant must show that persecution is “more likely than not”, rather than showing that there is “a reasonable possibility”. The following passages from *INS v. Cardoza-Fonseca* are particularly relevant to this discussion [at pages 440–441]:

In *Stevic*, we dealt with the issue of withholding of deportation, or *nonrefoulement*, under § 243(h). This provision corresponds to Article 33.1 of the Convention. Significantly though, Article 33.1 does not extend this right to everyone who meets the definition of “refugee.” Rather, it provides that “[n]o Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a *refugee* in any manner whatsoever to the frontiers or territories *where his life or freedom would be threatened* on account of his race, religion, nationality, membership to a particular social group or political opinion.”... Thus, Article 33.1 requires that an applicant satisfy two burdens: first, that he or she be a “refugee,” *i.e.*, prove at least “a well-founded fear of persecution”; second, that the “refugee” show that his or her life or freedom “would be threatened” if deported. Section 243(h)’s imposition of a “would be threatened” requirement is entirely consistent with the United States’ obligations under the Protocol.

...

Thus, as made binding on the United States through the Protocol, Article 34 provides for a precatory, or discretionary, benefit for the entire class of persons who qualify as “refugees,” whereas Article 33.1 provides an entitlement for the subcategory that “would be threatened” with persecution

vers un pays dans lequel ils sont à risque, mais n’empêche pas l’exclusion ou l’expulsion vers un autre pays sûr et accueillant disposé à accepter ou à prendre le réfugié. Le retrait du processus de renvoi n’est pas une réparation discrétionnaire. Un droit à celle-ci existe pour la sous-catégorie de réfugiés qui peuvent démontrer que, selon toute vraisemblance, ils seraient menacés à leur retour dans leur pays d’origine : *INS v. Cardoza-Fonseca*, précité.

[64] Selon les arrêts de la Cour suprême des États-Unis dans *INS v. Stevic*, 467 U.S. 407 (1984) et dans *INS v. Cardoza-Fonseca*, précités, la norme de preuve pour accorder le retrait du processus de renvoi est plus stricte que la norme concernant l’asile. Pour obtenir le retrait, le demandeur doit montrer qu’il sera, [TRADUCTION] « selon toute vraisemblance », persécuté, plutôt que montrer qu’il existe [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable ». Les passages suivants de la décision *INS v. Cardoza-Fonseca* sont particulièrement pertinents pour la présente analyse [aux pages 440 et 441] :

[TRADUCTION] Dans *Stevic*, nous avons examiné la question du retrait de l’expulsion, où le non-refoulement, en vertu de l’alinéa 243(h). Cette disposition correspond au paragraphe 33.1 de la Convention. Il est toutefois important de souligner que le paragraphe 33.1 ne confère pas ce droit à tous ceux qui répondent à la définition du mot « réfugié ». Il prévoit plutôt ce qui suit : « 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 serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. » [...] Ainsi, le paragraphe 33.1 exige que le demandeur s’acquitte de deux fardeaux : premièrement, il doit montrer qu’il est un « réfugié », c’est-à-dire prouver au moins qu’il « craint avec raison d’être persécuté »; deuxièmement, le « réfugié » doit montrer que sa vie ou sa liberté « serait menacée » s’il était expulsé. L’imposition de l’exigence « serait menacée » en vertu de l’alinéa 243(h) est tout à fait compatible avec les obligations des États-Unis en vertu du Protocole.

[...]

Ainsi, rendu obligatoire pour les États-Unis en raison du Protocole, l’article 34 prévoit un avantage qui peut faire l’objet d’une demande, ou avantage discrétionnaire, pour toute la catégorie de personnes reconnues comme « réfugiés », alors que le paragraphe 33.1 prévoit un droit pour la sous-catégorie

upon their return. This precise distinction between the broad class of refugees and the subcategory [of refugees] entitled to § 243(h) relief is plainly revealed in the 1980 Act. See *Stevic*....

[65] In my opinion, individuals who are granted withholding of removal status are necessarily Convention refugees since they have established that they have a well-founded fear of persecution in their country of nationality on one of the Convention grounds. On a simple reading of Article 1 of the Convention, Mr. Wangden fits the profile of a Convention refugee. He is outside of his country of nationality, has a well-founded fear of being persecuted for his religious and political beliefs, and is unwilling to avail himself of protection in that country. He was granted protection in the United States on those grounds.

[66] The applicant submits that withholding of removal status under United States law can be compared to that which is held by a restricted PRRA holder under Canadian law, since those who are successful in their PRRA applications are granted a ministerial stay of removal to the country where they are at risk. The applicant argues that under subsection 112(3) of the IRPA, persons whose PRRA applications are successful are expressly denied refugee protection as well as the ability to apply for permanent residence. Similarly, persons granted withholding of removal in the United States are limited to the same category of rights, which, in the applicant's view, does not amount to Convention refugee status.

[67] In my view, the applicant has misinterpreted the PRRA provisions of the IRPA. Contrary to what the applicant suggests, refugee protection may result from a successful PRRA application; however persons listed under subsection 112(3) of the IRPA cannot avail themselves of that right. Pursuant to section 114 of the IRPA, a decision to allow the application for protection in the case of an applicant not described in subsection 112(3) has the effect of conferring refugee protection; and in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the

qui « serait menacée » de persécution à leur retour. Cette distinction précise entre la vaste catégorie de réfugiés et la sous-catégorie [de réfugiés] ayant droit à la réparation prévue à l'alinéa 243(h) apparaît clairement dans la loi de 1980. Voir *Stevic* [...]

[65] À mon avis, les personnes qui obtiennent le retrait du processus de renvoi sont nécessairement des réfugiées au sens de la Convention puisqu'elles ont établi qu'elles craignaient avec raison d'être persécutées dans leur pays de nationalité pour l'un des motifs prévus à la Convention. À la simple lecture de l'article premier de la Convention, le profil de M. Wangden répond à celui de réfugié au sens de la Convention. Il est à l'extérieur de son pays de nationalité, il craint avec raison d'être persécuté pour ses croyances religieuses et ses opinions politiques et il n'est pas disposé à demander d'être protégé dans ce pays. Les États-Unis lui ont accordé une protection pour ces motifs.

[66] Le demandeur soutient que le retrait du processus de renvoi en droit américain peut être comparé à une personne faisant l'objet d'un ERAR restreint en droit canadien, puisque le ministre accorde à ceux dont les demandes d'ERAR sont favorables un sursis de la mesure de renvoi vers le pays où ils sont à risque. Le demandeur prétend qu'en vertu du paragraphe 112(3) de la LIPR, les personnes dont les demandes d'ERAR sont favorables se voient expressément refuser l'asile, de même que la possibilité de demander la résidence permanente. De même, les personnes qui obtiennent le retrait du processus de renvoi aux États-Unis sont assujetties à la même catégorie de droits restreints qui, de l'avis du demandeur, ne correspond pas au statut de réfugié au sens de la Convention.

[67] À mon avis, le demandeur a mal interprété les dispositions de la LIPR concernant l'ERAR. Contrairement à ce que le demandeur fait valoir, l'asile peut découler d'une demande d'ERAR favorable; toutefois, les personnes énumérées au paragraphe 112(3) de la LIPR ne peuvent se prévaloir de ce droit. En vertu de l'article 114 de la LIPR, une décision accueillant la demande d'asile dans le cas d'un demandeur non décrit au paragraphe 112(3) a pour effet de conférer l'asile; dans le cas d'un demandeur décrit au paragraphe 112(3), elle a pour effet d'accorder le sursis de l'exécution de la mesure de renvoi vers un

applicant was determined to be in need of protection. Thus, subsection 112(3) is not a sweeping prohibition that precludes all applicants from obtaining refugee protection once their PRRA applications are successful. Rather, subsection 112(3) lists the persons who are excluded from obtaining refugee protection once their PRRA application are allowed.

[68] At the heart of this controversy is the interpretation of the term “Convention refugee” under Article 1 and within the meaning of paragraph 101(1)(d) of the IRPA. The plain meaning of the words in this provision appears to restrict the eligibility for referral to the RPD of all claimants who have been granted Convention refugee protection or status in another country and can be returned there.

[69] Statutory interpretation cannot be founded on the legislation alone; the words of an Act must be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. This approach was upheld by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, above, and is consistent with section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.” Accordingly, I must look at the true objectives of the IRPA before making a final determination on the issue.

[70] Paragraph 3(2)(a) of the IRPA provides that one of the main objectives of the IRPA with respect to refugees is “to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted”. In keeping with this objective, I must be mindful of the relationship between Canada and the United States in the refugee law context and the reciprocal agreement that exists between the two countries. More specifically, the Safe Third Country Agreement is an agreement between the two countries to better manage the flow of refugee

pays ou un endroit à l’égard duquel il a été reconnu que le demandeur avait besoin de protection. Ainsi, le paragraphe 112(3) n’est pas une interdiction absolue qui empêche tous les demandeurs d’obtenir l’asile une fois que leur demande d’ERAR donne lieu à une décision favorable. Ce paragraphe énumère plutôt les personnes exclues de l’asile une fois que leur demande d’ERAR donne lieu à une telle décision.

[68] L’interprétation de l’expression « réfugié au sens de la Convention » en vertu de l’article premier et au sens de l’alinéa 101(1)d) de la LIPR est au cœur de la présente controverse. La signification ordinaire des mots de cette disposition semble restreindre l’admissibilité à un renvoi à la SPR pour tous les demandeurs qui ont obtenu l’asile ou le statut de réfugié au sens de la Convention dans un autre pays et qu’ils peuvent y être renvoyés.

[69] L’interprétation législative ne peut s’appuyer uniquement sur la loi. Les termes d’une loi doivent recevoir leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. La Cour suprême du Canada a maintenu cette approche dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes (Re)*, précité, qui est conforme à l’article 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, qui prévoit ce qui suit : « Les lois sont réputées apporter une solution de droit. » Cet article stipule aussi que les lois doivent « s’interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables ». En conséquence, je dois examiner les objets véritables de la LIPR avant de me prononcer de manière définitive sur la question.

[70] L’alinéa 3(2)a) de la LIPR prévoit qu’un des principaux objets de la LIPR à l’égard des réfugiés est « de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution ». Compte tenu de cet objet, je dois être conscient de la relation entre le Canada et les États-Unis dans le contexte du droit des réfugiés et de l’accord de réciprocité qui existe entre les deux pays. Plus particulièrement, l’Entente sur les tiers pays sûrs est une entente entre les deux pays afin de mieux gérer le flot de demandeurs d’asile à la frontière qu’ils

claimants at the shared land border. Under this Agreement, persons seeking refugee protection must make a claim in the first country they arrive in (United States or Canada), unless they qualify for an exception under the Agreement. Although a refugee claimant may qualify for an exception under the Agreement, he or she must meet all other eligibility requirements in order to have his or her refugee claim referred to the RPD.

[71] In the case at bar, officer Dela Cruz's ineligibility decision is consistent with the primary objective of the IRPA, which is about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted, since Mr. Wangden can be returned to the United States where he will not be at risk of persecution.

[72] Based on the objectives of the IRPA and on the wording of paragraph 101(1)(d) of the IRPA, I would argue that Parliament did not intend for this provision to include consideration of whether a person could remain indefinitely in the country in which he or she has been recognized a Convention refugee and to which he or she can be returned. What is of concern is whether these individuals are protected from risk, not whether they have the full panoply of rights provided for under the 1951 Convention.

[73] Within the same argument, I turn to the passage cited by the respondent in his memorandum of fact and law from the Federal Court decision in *Mohamed* [1997], above, wherein Justice Rothstein discussed the issue of asylum shopping [at paragraph 9]:

If applicants' counsel were correct in his domicile argument, applicants could, at their own will, reject the protection of one country by unilaterally abandoning that country for another. Indeed, that is what has occurred here. The Geneva Convention exists for persons who require protection and not to assist persons who simply prefer asylum in one country over another. The Convention and the *Immigration Act* should be interpreted with the correct purpose in mind. [Emphasis added.]

partagent. En vertu de cette Entente, les personnes qui demandent l'asile doivent présenter une demande dans le premier pays dans lequel elles arrivent (les États-Unis ou le Canada), à moins qu'elles ne soient admissibles à une exception en vertu de l'Entente. Bien qu'un demandeur d'asile puisse être admissible à une exception en vertu de l'Entente, il doit répondre à toutes les autres exigences d'admissibilité pour que sa demande d'asile soit renvoyée à la SPR.

[71] En l'espèce, la décision de l'agente Dela Cruz quant à l'inadmissibilité est compatible avec le principal objet de la LIPR, qui vise à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution, puisque M. Wangden peut être renvoyé aux États-Unis où il ne courra pas le risque d'être persécuté.

[72] Compte tenu des objets de la LIPR et du libellé de l'alinéa 101(1)d) de la LIPR, à mon avis, le législateur n'a pas prévu que cette disposition inclut la prise en compte de la question de savoir si une personne pouvait demeurer indéfiniment dans le pays dans lequel elle a été reconnue comme réfugié au sens de la Convention et où elle peut être renvoyée. Ce dont il faut se préoccuper est la question de savoir si ces personnes sont protégées contre les risques, non pas celle de savoir si elles jouissent de la panoplie complète des droits prévus par la Convention de 1951.

[73] Dans le cadre du même argument, j'examine le passage tiré de la décision *Mohamed* [1997], précitée, de la Cour fédérale que cite le défendeur dans son exposé des faits et du droit, décision dans laquelle le juge Rothstein discute de la question de la quête du meilleur pays d'asile [au paragraphe 9] :

Si le moyen invoqué par l'avocat des requérants au sujet du domicile était bien fondé, les requérants pourraient, de leur propre gré, rejeter la protection d'un pays en l'abandonnant unilatéralement pour un autre. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en l'espèce. L'objet de la Convention de Genève est d'aider les personnes qui ont besoin de protection et non de venir en aide aux personnes qui préfèrent tout simplement demander asile dans un pays de préférence à un autre. La Convention et la *Loi sur l'immigration* devraient être interprétées en tenant compte de leur objectif véritable. [Non souligné dans l'original.]

[74] Mr. Wangden is attempting to do just that by leaving the United States and seeking protection in Canada. Through his own admissions, Mr. Wangden is implicitly asylum shopping as he is seeking a more favorable status in Canada to take advantage of the benefits that accrue from permanent residence, including the right to travel abroad and to sponsor others which he could not have enjoyed from withholding status in the U.S.

[75] Though a person granted withholding has a more limited range of rights than a person granted asylum under U.S. law, he or she still enjoys several important entitlements. The differences do not undermine my conclusion that withholding of removal is equivalent to recognition as a Convention refugee.

[76] Lastly, I agree with the respondent that it would be incompatible with the expeditious and relatively straightforward administrative process of screening certain claims out of the RPD's jurisdiction to require front line immigration officers to conduct a more expansive review of claimants' status in another country to determine whether the particular features of that jurisdiction's domestic law satisfy the definition of "refugee" under the Convention. This is not their role; the RPD level is tasked with this assessment. In this case, the decision makers acted reasonably and within the scope of their authority.

[77] For the reasons I have stated, I find officer Dela Cruz's ineligibility decision to be reasonable based on the evidence that was available to her at the time. Her decision was also correct in law as holders of withholding of removal status in the United States are Convention refugees within the meaning of paragraph 101(1)(d) of the IRPA.

Certified Questions

[78] The applicant has submitted the following question for certification:

[74] C'est exactement ce que tente de faire M. Wangden en quittant les États-Unis et en demandant l'asile au Canada. De son propre aveu, M. Wangden est implicitement en quête du meilleur pays d'asile puisqu'il recherche au Canada un statut plus favorable pour jouir des avantages qui découlent de la résidence permanente, y compris le droit de voyager à l'étranger et de parrainer d'autres personnes, droits dont il n'aurait pas pu jouir aux États-Unis en vertu du retrait du processus de renvoi.

[75] Bien qu'une personne à qui le retrait du processus de renvoi a été accordé bénéficie d'un éventail de droits plus limités que si elle avait obtenu l'asile en vertu de la loi américaine, elle jouit quand même de plusieurs droits importants. Les différences ne minent pas ma conclusion selon laquelle le retrait du processus de renvoi est équivalent à la reconnaissance à titre de réfugié au sens de la Convention.

[76] Finalement, je conviens avec le défendeur qu'il serait incompatible avec le processus administratif expéditif et relativement simple visant à écarter les demandes d'asile irrecevables de la SPR d'exiger que les agents d'immigration de première ligne effectuent un examen plus approfondi du statut des demandeurs dans un autre pays pour décider si les caractéristiques particulières des lois intérieures de ce ressort répondent à la définition de « réfugié » en vertu de la Convention. Ce n'est pas leur rôle; la SPR a la charge de faire cette évaluation. En l'espèce, les décideurs ont agi de façon raisonnable dans les limites de leurs pouvoirs.

[77] Pour les motifs que j'ai énoncés, je conclus que la décision de l'agent Dela Cruz quant à l'inadmissibilité était raisonnable compte tenu des éléments de preuve dont elle était saisie. Sa décision était également correcte en droit puisque les personnes visées par le retrait du processus de renvoi aux États-Unis sont des réfugiées au sens de la Convention selon l'alinéa 101(1)d) de la LIPR.

Questions certifiées

[78] Le demandeur a soumis la question suivante pour fins de certification :

Is the legal remedy or status of “withholding of removal” in the United States of America, equivalent to being “recognized as a Convention refugee”, pursuant to s. 101(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

[79] The respondent submits that the question as framed by the applicant is broader than the issue raised by the applicant in his written and oral arguments and would not be dispositive of an appeal in this matter. In the event that the application were to be allowed, the respondent proposed the following question to certify:

Does the fact that the United States of America retains the theoretical right to remove a Convention refugee to a country where they would not be at risk of persecution mean that the claimant has not been “recognized as a Convention refugee” as found in s. 101(1)(d) of the *IRPA*?

[80] In my view, the question proposed by the applicant would be dispositive of an appeal in this matter as it would determine whether the Minister’s delegate made a material error of fact in deciding that the applicant enjoyed Convention refugee status in the U.S.

JUDGMENT

IT IS THE JUDGMENT OF THIS COURT that the application is dismissed. The following question is certified:

Is the legal remedy or status of “withholding of removal” in the United States of America equivalent to being “recognized as a Convention refugee”, pursuant to paragraph 101(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

ANNEX

Relevant Legislation

The Immigration and Refugee Protection Act:

[TRADUCTION] La réparation juridique ou le « retrait du processus de renvoi » aux États-Unis équivaut-il à la « reconnaissance de la qualité de réfugié » au sens de la Convention, selon l’alinéa 101(1)d) de la *Loi de l’immigration et de la protection des réfugiés*?

[79] Le défendeur soutient que la question telle que formulée par le demandeur est plus large que la question soulevée par ce dernier dans ses arguments écrits et oraux et ne serait pas déterminante quant à l’appel en l’espèce. Si la demande devait être accueillie, le défendeur a proposé la question suivante pour fins de certification :

[TRADUCTION] Le fait que les États-Unis d’Amérique retiennent, en théorie, le droit d’expulser un réfugié au sens de la Convention vers un pays où il ne risquerait pas d’être persécuté signifie-t-il que le demandeur n’a pas obtenu la « reconnaissance de la qualité de réfugié » au sens de la Convention, selon l’alinéa 101(1)d) de la LIPR?

[80] À mon avis, la question soumise par le demandeur serait déterminante quant à l’appel en l’espèce puisqu’elle déterminerait si le représentant du ministre a commis une erreur de fait importante en décidant que le demandeur jouissait du statut de réfugié au sens de la Convention aux États-Unis.

JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE la demande est rejetée. La question suivante est certifiée :

La réparation juridique ou le « retrait du processus de renvoi » aux États-Unis équivaut-il à la « reconnaissance de la qualité de réfugié » au sens de la Convention, selon à l’alinéa 101(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*?

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

La Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés :

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

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

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

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

...

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(d) the claimant has been recognized as a Convention refugee by a country other than Canada and can be sent or returned to that country;

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

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

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

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[...]

101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

[...]

d) reconnaissance de la qualité de réfugié par un pays vers lequel il peut être renvoyé;

...

[...]

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

...

[...]

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

The U.S. *Immigration and Nationality Act* of 1952, as amended (INA):

La loi intitulée *Immigration and Nationality Act* de 1952 des États-Unis, et ses modifications (l'INA) :

Sec. 101. [8 U.S.C. 1101] (a) As used in this Act-

[TRANSLATION]

Article 101. [8 U.S.C. 1101] (a) Définitions. -

...

[...]

(42) The term "refugee" means:

(42) Le mot « réfugié » désigne :

(A) any person who is outside any country of such person's nationality or, in the case of a person having no nationality, is outside any country in which such person last habitually resided, and who is unable or unwilling to return to, and is unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of, that country because of persecution or a well-founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, or

(A) une personne qui est à l'extérieur de tout pays dont elle a la nationalité ou, dans le cas d'une personne qui n'a pas de nationalité, est à l'extérieur du dernier pays dans lequel elle a habituellement résidé, et qui ne peut pas ou ne veut pas retourner dans ce pays, et qui ne peut pas ou ne veut pas se prévaloir de la protection de celui-ci, pour cause de persécution ou parce qu'elle craint avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques.

...

[...]

Sec. 208. (a) Authority to Apply for Asylum.-

Article 208. (a) Pouvoir de demander l'asile. -

(1) In general. - Any alien who is physically present in the United States or who arrives in the United States (whether or not at a designated port of arrival and including an alien who is brought to the United States after having been interdicted in international or United States waters), irrespective of such alien's status, may apply for asylum in accordance with this section or, where applicable, section 235(b).

(1) Disposition générale. - Tout étranger qui est physiquement présent aux États-Unis ou qui y arrive (à un point d'arrivée désigné ou non et y compris un étranger qui est amené aux États-Unis après avoir été interdit de territoire dans les eaux internationales ou américaines), peu importe son statut, peut demander l'asile conformément au présent article ou, le cas échéant, selon l'alinéa 235(b).

(2) Exceptions. -

(A) Safe third country. - Paragraph (1) shall not apply to an alien if the Attorney General determines that the alien may be removed, pursuant to a bilateral or multilateral agreement, to a country (other than the country of the alien's nationality or, in the case of an alien having no nationality, the country of the alien's last habitual residence) in which the alien's life or freedom would not be threatened on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, and where the alien would have access to a full and fair procedure for determining a claim to asylum or equivalent temporary protection, unless the Attorney General finds that it is in the public interest for the alien to receive asylum in the United States.

(B) Time limit. - Subject to subparagraph (D), paragraph (1) shall not apply to an alien unless the alien demonstrates by clear and convincing evidence that the application has been filed within 1 year after the date of alien's arrival in the United States.

(C) Previous asylum applications. - Subject to subparagraph (D), paragraph (1) shall not apply to an alien if the alien has previously applied for asylum and had such application denied.

(D) Changed circumstances. - An application for asylum of an alien may be considered, notwithstanding subparagraphs (B) and (C), if the alien demonstrates to the satisfaction of the Attorney General either the existence of changed circumstances which materially affect the applicant's eligibility for asylum or extraordinary circumstances relating to the delay in filing the application within the period specified in subparagraph (B).

...

(3) Limitation on judicial review. No court shall have jurisdiction to review any determination of the Attorney General under paragraph (2).

(b) Conditions for Granting Asylum.-

(1) In general. - (A) ELIGIBILITY- The Secretary of Homeland Security or the Attorney General may grant asylum to an alien who has applied for asylum in accordance with the requirements and procedures established by the Secretary of Homeland Security or the Attorney General under this section if the Secretary of Homeland Security or the Attorney General determines that such alien is a refugee within the meaning of section 101(a)(42)(A).

(2) Exceptions. -

(A) Tiers pays sûr. - Le paragraphe (1) ne s'applique pas à un étranger si le procureur général détermine que celui-ci peut être renvoyé, conformément à un accord bilatéral ou multilatéral, vers un pays (autre que le pays de nationalité de l'étranger ou, dans le cas d'un étranger sans nationalité, dans le dernier pays où il a habituellement résidé) dans lequel sa vie ou sa liberté ne serait pas compromise du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, et où il aurait accès à une procédure juste et complète pour décider d'une demande d'asile ou visant une protection temporaire équivalente, à moins que le procureur général ne conclue qu'il est dans l'intérêt public de lui accorder l'asile aux États-Unis.

(B) Délai. - Sous réserve du sous-paragraphe (D), le paragraphe (1) ne s'applique pas à un étranger à moins que celui-ci ne montre au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants que la demande a été déposée moins d'un an de la date de son arrivée aux États-Unis.

(C) Demandes d'asile antérieures. - Sous réserve du sous-paragraphe (D), le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'étranger qui a déjà présenté une demande d'asile, laquelle a été refusée.

(D) Situation modifiée. - Nonobstant les sous-paragraphe (B) et (C), la demande d'asile d'un étranger peut être examinée, s'il démontre à la satisfaction du procureur général soit l'existence d'une situation modifiée qui a une incidence importante sur son admissibilité à l'asile, soit l'existence d'une situation extraordinaire concernant le retard à présenter la demande à l'intérieur du délai prescrit par le sous-paragraphe (B).

[...]

(3) Restriction concernant le contrôle judiciaire. - Aucun tribunal n'est compétent pour contrôler une décision du procureur général en vertu du paragraphe (2).

(b) Conditions pour accorder l'asile. -

(1) Disposition générale. - (A) ADMISSIBILITÉ- Le Secrétaire de la Sécurité intérieure ou le procureur général peut accorder l'asile à l'étranger qui en a fait la demande conformément aux exigences et procédures établies par le Secrétaire de la Sécurité intérieure ou le procureur général en vertu du présent article si le Secrétaire de la Sécurité intérieure ou le procureur général détermine que cet étranger est un réfugié au sens du sous-alinéa 101(a)(42)(A).

(B) BURDEN OF PROOF-

(i) IN GENERAL- The burden of proof is on the applicant to establish that the applicant is a refugee, within the meaning of section 101(a)(42)(A) of this title. To establish that the applicant is a refugee within the meaning of such section, the applicant must establish that race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion was or will be at least one central reason for persecuting the applicant.

...

(3) TREATMENT OF SPOUSE AND CHILDREN-

(A) IN GENERAL- A spouse or child (as defined in section 101(b)(1)(A), (B), (C), (D), or (E) of this title) of an alien who is granted asylum under this subsection may, if not otherwise eligible for asylum under this section, be granted the same status as the alien if accompanying, or following to join, such alien.

...

(c) Asylum Status. -

(1) In general. - In the case of an alien granted asylum under subsection (b) of this section, the Attorney General -

(A) shall not remove or return the alien to the alien's country of nationality or, in the case of a person having no nationality, the country of the alien's last habitual residence;

(B) shall authorize the alien to engage in employment in the United States and provide the alien with appropriate endorsement of that authorization; and

(C) may allow the alien to travel abroad with the prior consent of the Attorney General.

(2) Termination of asylum. - Asylum granted under subsection (b) does not convey a right to remain permanently in the United States, and may be terminated if the Attorney General determines that -

(A) the alien no longer meets the conditions described in subsection (b)(1) owing to a fundamental change in circumstances;

(B) the alien meets a condition described in subsection (b)(2);

(B) FARDEAU DE LA PREUVE-

(i) DISPOSITION DE LA PREUVE- Il incombe au demandeur d'établir qu'il est un réfugié au sens du sous-alinéa 101(a)(42)(A). Pour établir qu'il est un réfugié au sens de ce sous-alinéa, le demandeur doit établir que la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social particulier ou ses opinions politiques étaient ou seront au moins une cause principale de cette persécution.

[...]

(3) TRAITEMENT DU CONJOINT ET DES ENFANTS-

(A) DISPOSITION GÉNÉRALE. - Le conjoint ou l'enfant (tel que défini au sous-alinéa 101(b)(1)(A), (B), (C), (D) ou (E)) d'un étranger qui a obtenu l'asile en vertu du présent paragraphe peut, s'il n'est pas autrement admissible à l'asile en vertu du présent article, obtenir le même statut que l'étranger s'il accompagne ce dernier ou le suit pour le rejoindre.

[...]

(c) Asile. -

(1) Disposition générale. - Dans le cas d'un étranger qui avait obtenu l'asile en vertu du paragraphe (b), le procureur général -

(A) ne peut renvoyer ou retourner l'étranger vers son pays de nationalité ou, dans le cas d'une personne sans nationalité, vers le dernier pays dans lequel il a habituellement résidé;

(B) autorise l'étranger à avoir un emploi aux États-Unis et il lui fournit le document nécessaire à cette autorisation;

(C) peut permettre à l'étranger de voyager à l'étranger avec le consentement préalable du procureur général.

(2) Fin de l'asile. - L'asile accordé en vertu du paragraphe (b) ne confère pas le droit de demeurer aux États-Unis en permanence, et le procureur général peut y mettre fin s'il décide que -

(A) l'étranger ne répond plus aux conditions décrites au sous-paragraphe (b)(1) en raison d'un changement fondamental de sa situation;

(B) l'étranger répond à une condition décrite au sous-paragraphe (b)(2);

(C) the alien may be removed, pursuant to a bilateral or multilateral agreement, to a country (other than the country of the alien's nationality or, in the case of an alien having no nationality, the country of the alien's last habitual residence) in which the alien's life or freedom would not be threatened on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, and where the alien is eligible to receive asylum or equivalent temporary protection;

(D) the alien has voluntarily availed himself or herself of the protection of the alien's country of nationality or, in the case of an alien having no nationality, the alien's country of last habitual residence, by returning to such country with permanent resident status or the reasonable possibility of obtaining such status with the same rights and obligations pertaining to other permanent residents of that country; or

(E) the alien has acquired a new nationality and enjoys the protection of the country of his new nationality.

(3) Removal when asylum is terminated. - An alien described in paragraph (2) is subject to any applicable grounds of inadmissibility or deportability under section 212(a) and 237(a), and the alien's removal or return shall be directed by the Attorney General in accordance with sections 240 and 241.

(d) Asylum Procedure. -

(1) Applications. - The Attorney General shall establish a procedure for the consideration of asylum applications filed under subsection (a). The Attorney General may require applicants to submit fingerprints and a photograph at such time and in such manner to be determined by regulation by the Attorney General.

(2) Employment. - An applicant for asylum is not entitled to employment authorization, but such authorization may be provided under regulation by the Attorney General. An applicant who is not otherwise eligible for employment authorization shall not be granted such authorization prior to 180 days after the date of filing of the application for asylum.

...

Sec. 241. (a) ...

(b) Countries to Which Aliens May Be Removed. -

...

(3) Restriction on removal to a country where alien's life or freedom would be threatened. -

(C) l'étranger peut, en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral, être renvoyé vers un pays (autre que son pays de nationalité ou, dans le cas d'un étranger sans nationalité, le dernier pays dans lequel il a habituellement résidé) dans lequel sa vie ou sa liberté ne serait pas compromise du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques et où il aurait le droit d'obtenir l'asile ou une protection temporaire équivalente;

(D) l'étranger s'est volontairement prévalu de la protection offerte par son pays de nationalité ou, dans le cas d'un étranger sans nationalité, le dernier pays dans lequel il a habituellement résidé, en retournant dans ce pays avec ce statut de résident permanent ou la possibilité raisonnable d'obtenir ce statut accompagné des mêmes droits et obligations que possèdent les autres résidents permanents de ce pays;

(E) l'étranger a acquis une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité.

(3) Renvoi lorsqu'il est mis fin à l'asile. - Un étranger décrit au paragraphe (2) est assujéti à tout motif d'inadmissibilité ou d'expulsion applicable en vertu des alinéas 212(a) et 237(a), et le procureur général ordonne son renvoi ou son retour conformément aux articles 240 et 241.

(d) Procédure relative à l'asile. -

(1) Demandes. - Le procureur général met en place une procédure pour l'examen des demandes d'asile déposées en vertu de l'alinéa (a). Il peut exiger que les demandeurs fournissent leurs empreintes digitales et une photographie, au moment et de la manière prévus par règlement pris par le procureur général.

(2) Emploi. - Un demandeur d'asile n'a pas droit à une autorisation d'emploi, mais une telle autorisation peut être fournie conformément au règlement pris par le procureur général. Un demandeur qui n'est pas autrement admissible à une autorisation d'emploi ne reçoit pas une telle autorisation dans les 180 jours suivant la date de dépôt de la demande d'asile.

[...]

Article 241. (a) [...]

(b) Pays vers lesquels les étrangers peuvent être renvoyés. -

(3) Restriction relative au renvoi d'un étranger vers un pays où sa vie ou sa liberté serait compromise

(A) In general. - Notwithstanding paragraphs (1) and (2), the Attorney General may not remove an alien to a country if the Attorney General decides that the alien's life or freedom would be threatened in that country because of the alien's race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion.

(A) Disposition générale. - Nonobstant les paragraphes (1) et (2), le procureur général ne peut renvoyer un étranger vers un pays s'il décide que la vie ou la liberté de l'étranger serait compromise dans ce pays du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques.

The *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, [1969] Can. T.S. No. 6 (Convention or 1951 Convention):

La *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention ou la Convention de 1951) :

ARTICLE 1

ARTICLE PREMIER

Definition of the Term "Refugee"

Définition du Terme « Réfugié »

A. For the purposes of the present Convention, the term "refugee" shall apply to any person who:

A. Aux fins de la présente Convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne :

(1) Has been considered a refugee under the Arrangements of 12 May 1926 and 30 June 1928 or under the Conventions of 28 October 1933 and 10 February 1938, the Protocol of 14 September 1939 or the Constitution of the International Refugee Organization;

1) Qui a été considérée comme réfugiée en application des Arrangements du 12 mai 1926 et du 30 juin 1928, ou en application des Conventions du 28 octobre 1933 et du 10 février 1938 et du Protocole du 14 septembre 1939, ou encore en application de la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés,

Decisions of non-eligibility taken by the International Refugee Organization during the period of its activities shall not prevent the status of refugee being accorded to persons who fulfil the conditions of paragraph 2 of this section;

Les décisions de non-éligibilité prise par l'Organisation internationale pour les réfugiés pendant la durée de son mandat ne font pas obstacle à ce que la qualité de réfugié soit accordée à des personnes qui remplissent les conditions prévues au paragraphe 2 de la présente section;

(2) As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

2) Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

In the case of a person who has more than one nationality, the term "the country of his nationality" shall mean each of the countries of which he is a national, and a person shall not be deemed to be lacking the protection of the country of his nationality if, without any valid reason based on well-founded fear, he has not availed himself of the protection of one of the countries of which he is a national.

Dans le cas d'une personne qui a plus d'une nationalité, l'expression « du pays dont elle a la nationalité » vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité. Ne sera pas considérée comme privée de la protection du pays dont elle a la nationalité toute personne qui, sans raison valable fondée sur une crainte justifiée, ne s'est pas réclamée de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité.

...

[...]

ARTICLE 32

Expulsion

1. The Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order.

2. The expulsion of such a refugee shall be only in pursuance of a decision reached in accordance with due process of law. Except where compelling reasons of national security otherwise require, the refugee shall be allowed to submit evidence to clear himself, and to appeal to and be represented for the purpose before competent authority or a person or persons specially designated by the competent authority.

3. The Contracting States shall allow such a refugee a reasonable period within which to seek legal admission into another country. The Contracting States reserve the right to apply during that period such internal measures as they may deem necessary.

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.

ARTICLE 34

Naturalization

The Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of refugees. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceedings and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings.

ARTICLE 32

Expulsion

1. Les États Contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

2. L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.

3. Les États Contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États Contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune.

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 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.

ARTICLE 34

Naturalisation

Les États Contractants faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des réfugiés. Ils s'efforceront notamment d'accélérer la procédure de naturalisation et de réduire, dans toute la mesure possible, les taxes et les frais de cette procédure.

The 1967 *United Nations Protocol Relating to the Status of Refugees*, [1969] Can. T.S. No. 29:

Le *Protocole des Nations Unies relatif au statut des réfugiés de 1967*, [1969] R.T. Can n° 29 :

ARTICLE I

ARTICLE PREMIER

General Provision

Disposition Générale

1. The States Parties to the present Protocol undertake to apply Articles 2 to 34 inclusive of the Convention to refugees as hereinafter defined.

1. Les États parties au présent Protocole s'engagent à appliquer aux réfugiés, tels qu'ils sont définis ci-après, les articles 2 à 34 inclus de la Convention.

2. For the purpose of the present Protocol, the term "refugee" shall, except as regards the application of paragraph 3 of this article, mean any person within the definition of Article 1 of the Convention as if the words "As a result of events occurring before 1 January 1951 and ..." and the words "... as a result of such events", in Article 1 A (2) were omitted.

2. Aux fins du présent Protocole, le terme « réfugié », sauf en ce qui concerne l'application du paragraphe 3 du présent article, s'entend de toute personne répondant à la définition donnée à l'article premier de la Convention comme si les mots « par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et ... » et les mots « ... à la suite de tels événements » ne figuraient pas au paragraphe 2 de la section A de l'article premier.

A-132-08
2008 FCA 402

A-132-08
2008 CAF 402

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Neelam Makhija (*Respondent*)

Neelam Makhija (*intimé*)

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

**RÉPERTORIÉ : MAKHIJA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Blais and Pelletier
J.J.A.—Montréal, November 17; Ottawa, December 15,
2008.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Blais et Pelletier,
J.C.A.—Montréal, 17 novembre; Ottawa, 15 décembre
2008.

Ethics — Appeal from decision allowing judicial review of four decisions of Registrar of Lobbyists on ground Registrar lacking jurisdiction to investigate as respondent not registered under Lobbyists Registration Act — Purpose of Act to enable public office holders, public, to know who is engaged in lobbying activities — Agreement to undertake lobbying activities, including lobbying activities on behalf of client (in case of consultant lobbyists), giving rise to obligation to file prescribed form — Agreement to undertake lobbying activities also giving rise to obligation to comply with Lobbyists' Code of Conduct — If Registrar having reasonable grounds for believing breach of Code has occurred, entitled to conduct investigation regardless of whether or not person concerned having filed form for lobbying activities in question — Application Judge thus erring in finding respondent not subject to Code — This error resulting in failure to consider merits of application for judicial review — Appeal allowed.

Éthique — Appel d'une décision faisant droit au contrôle judiciaire de quatre décisions du directeur des lobbyistes au motif que le directeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter étant donné que l'intimé ne s'était pas enregistré en vertu de la Loi sur l'enregistrement des lobbyistes — La Loi a pour objet d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui se livre à des activités de lobbyisme — L'engagement de se livrer à des activités de lobbyisme, y compris des activités de lobbyisme exercées pour le compte d'un client (dans le cas de lobbyistes-conseils), fait naître l'obligation de déposer la déclaration réglementaire — L'engagement de se livrer à des activités de lobbyisme fait aussi naître l'obligation de se conformer au Code de déontologie des lobbyistes — Si le directeur avait des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction au Code, il avait le droit de faire enquête, que la personne ait déposé ou non la déclaration réglementaire relativement aux activités de lobbyisme en question — Le juge de première instance a donc commis une erreur en statuant que l'intimé n'était pas assujéti au Code — Cette erreur a fait en sorte qu'il n'a pas statué sur le fond de la demande de contrôle judiciaire — Appel accueilli.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Lobbyists Registration Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44, preamble (as am. by S.C. 2003, c. 10, s. 1), ss. 5 (as am. *idem*, s. 4), 7(1) (as am. *idem*, s. 7), 8, 10.2 (as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2004, c. 7, s. 39), 10.3 (as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2003, c. 10, s. 9), 10.4 (as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2004, c. 7, ss. 23, 39).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'enregistrement des lobbyistes, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44, préambule (mod. par L.C. 2003, ch. 10, art. 1), art. 5 (mod., *idem*, art. 4), 7(1) (mod., *idem*, art. 7), 8, 10.2 (édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2004, ch. 7, art. 39), 10.3 (édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2003, ch. 10, art. 9), 10.4 (édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2004, ch. 7, art. 23, 39).

AUTHORS CITED

Lobbyists' Code of Conduct. Ottawa: Office of the Ethics Counsellor, 1997.

APPEAL from a decision of the Federal Court ([2009] 1 F.C.R. 137; (2008), 81 Admin. L.R. (4th) 71; 322 F.T.R. 8; 2008 FC 327) allowing the respondent's application for judicial review of four decisions of the Registrar of Lobbyists on the ground that the Registrar lacked the jurisdiction to investigate since the respondent had not registered as a lobbyist under the *Lobbyists Registration Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES

Nathalie Benoit for appellant.
Michael N. Bergman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Bergman & Associates, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: This is an appeal from the decision of Martineau J. of the Federal Court, [2009] 1 F.C.R. 137, in which the application Judge allowed Mr. Neelam Makhija's application for judicial review of four decisions of the Registrar of Lobbyists on the ground that the Registrar lacked the jurisdiction to investigate since Mr. Makhija had not "registered" as a lobbyist under the *Lobbyists Registration Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44, as amended (the Act).

[2] The substance of the application Judge's reasoning is found at paragraph 84 of his amended reasons for order which reads as follows:

An individual who engages in lobbying activities is required to register under the Act and an individual who fails to do so is in breach of the Act. However, based on the statutory scheme as it existed during the relevant period, the Registrar

DOCTRINE CITÉE

Code de déontologie des lobbyistes. Ottawa : Bureau du conseiller en éthique, 1997.

APPEL d'une décision ([2009] 1 R.C.F. 137; 2008 CF 327) par laquelle la Cour fédérale a fait droit à la demande présentée par l'intimé pour obtenir le contrôle judiciaire de quatre décisions du directeur des lobbyistes au motif que le directeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter étant donné que l'intimé ne s'était pas enregistré en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Nathalie Benoit pour l'appellant.
Michael N. Bergman pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Bergman & Associates, Montréal, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel d'une décision, [2009] 1 R.C.F. 137, par laquelle le juge Martineau de la Cour fédérale (le juge de première instance) a fait droit à la demande présentée par M. Neelam Makhija en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de quatre décisions du directeur des lobbyistes au motif que le directeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter étant donné que M. Makhija ne s'était pas « enregistré » en tant que lobbyiste conformément à la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44, modifiée (la Loi).

[2] On trouve l'essentiel du raisonnement du juge de première instance au paragraphe 84 de ses motifs modifiés de l'ordonnance :

Celui qui se livre à des activités de lobbyisme est tenu de s'enregistrer selon la Loi, et celui qui ne s'enregistre pas contrevient à la Loi. Cependant, eu égard au régime légal tel qu'il existait durant la période considérée, le directeur n'était

was not empowered to investigate an alleged breach of the Act. The Registrar's jurisdiction was confined to investigating alleged breaches of the Code. Given that the applicant [Mr. Makhija], by failing to register, was not subject to the Code, I am of the view the Registrar exceeded his jurisdiction and erred in issuing (and tabling in Parliament) the four decisions.

[3] For the reasons which follow, I am of the view that the application Judge erred in coming to the conclusion he did with respect to the Registrar's jurisdiction and that the matter must be returned to him for a new hearing on the merits of the application for judicial review.

[4] The purpose of the Act, as set out in its preamble [as am. by S.C. 2003, c. 10, s. 1], is to enable "public office holders and the public ... to know who is engaged in lobbying activities." Lobbying activities, which give rise to the obligation to file the prescribed form, are defined (in the case of consultant lobbyists), at paragraphs 5(1)(a) [as am. *idem*, s. 4] and (b) [as am. *idem*] of the Act in the following terms:

5. (1) ...

(a) communicat[ing] with a public office holder in respect of

(i) the development of any legislative proposal by the Government of Canada or by a member of the Senate or the House of Commons,

(ii) the introduction of any Bill or resolution in either House of Parliament or the passage, defeat or amendment of any Bill or resolution that is before either House of Parliament,

(iii) the making or amendment of any regulation as defined in subsection 2(1) of the *Statutory Instruments Act*,

(iv) the development or amendment of any policy or program of the Government of Canada,

(v) the awarding of any grant, contribution or other financial benefit by or on behalf of Her Majesty in right of Canada, or

pas habilité à enquêter sur une violation présumée de la Loi. Le pouvoir du directeur se limitait à enquêter sur des violations présumées du code. Vu que le demandeur, parce qu'il ne s'était pas enregistré, n'était pas soumis au code, je suis d'avis que le directeur a excédé son pouvoir et a commis une erreur en rendant (et en déposant devant le Parlement) les quatre décisions.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur en tirant la conclusion à laquelle il est arrivé au sujet du pouvoir du directeur et j'estime que l'affaire doit lui être renvoyée pour qu'il procède à une nouvelle audition de la demande de contrôle judiciaire sur le fond de l'affaire.

[4] Ainsi que le précise son préambule [mod. par L.C. 2003, ch. 10, art. 1], la Loi a pour objet « d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui se livre à des activités de lobbying ». Les alinéas 5(1)a) [mod., *idem*, art. 4] et b) [mod., *idem*] de la Loi définit (dans le cas des lobbyistes-conseils) les activités de lobbying, qui donnent lieu à l'obligation de fournir au commissaire, en la forme réglementaire, une déclaration, comme le fait de :

5. (1) [...]

a) [...] communiquer avec le titulaire d'une charge publique au sujet des mesures suivantes :

(i) l'élaboration de propositions législatives par le gouvernement fédéral ou par un sénateur ou un député,

(ii) le dépôt d'un projet de loi ou d'une résolution devant une chambre du Parlement, ou sa modification, son adoption ou son rejet par celle-ci,

(iii) la prise ou la modification de tout règlement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*,

(iv) l'élaboration ou la modification d'orientation ou de programmes fédéraux,

(v) l'octroi de subventions, de contributions ou d'autres avantages financiers par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom,

(vi) the awarding of any contract by or on behalf of Her Majesty in right of Canada; or

(vi) l'octroi de tout contrat par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom;

(b) arrang[ing] a meeting between a public office holder and any other person.

b) à ménager pour un tiers une entrevue avec le titulaire d'une charge publique.

[5] It is important to recognize that it is the fact of undertaking such activities which gives rise to the obligation to file the prescribed form. This appears, in the case of consultant lobbyists, from the opening words of section 5:

[5] Il est important de reconnaître que c'est le fait de se livrer à ces activités qui fait naître l'obligation de déposer la déclaration réglementaire, ainsi qu'il ressort de la disposition liminaire de l'article 5, dans le cas des lobbyistes-conseils :

5. (1) An individual shall file with the registrar, in the prescribed form and manner, a return setting out the information referred to in subsection (2), if the individual, for payment, on behalf of any person or organization (in this section referred to as the "client"), undertakes to

5. (1) Est tenue de fournir au directeur, en la forme réglementaire, une déclaration contenant les renseignements prévus au paragraphe (2) toute personne (ci-après « lobbyiste-conseil ») qui, moyennant paiement, s'engage, auprès d'un client, d'une personne physique ou morale ou d'une organisation :

(a) communicate with a public office holder ...

a) à communiquer avec le titulaire d'une charge publique [...]

[6] Consequently, the obligation to file the prescribed form arises every time a person undertakes to engage in lobbying activities on behalf of a client.

[6] Par conséquent, l'obligation de déposer la déclaration réglementaire naît chaque fois qu'une personne s'engage à se livrer à des activités de lobbyisme pour le compte d'un client.

[7] The Act also authorizes the Registrar General of Canada to designate a person as the Registrar who is responsible for maintaining a registry of the prescribed forms filed by persons undertaking lobbying activities: see section 8 of the Act. The Act directs the Registrar, in consultation with persons or organizations having an interest in the subject-matter, to develop a *Lobbyists' Code of Conduct* "respecting the activities described in subsections 5(1) and 7(1)": see section 10.2 [as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2004, c. 7, s. 39] of the Act. The activities described in subsection 5(1) are those described in paragraphs 5(1)(a) and (b) of the Act. Subsection 7(1) [as am. by S.C. 2003, c. 10, s. 7] deals with in-house lobbyists—the activities with respect to those lobbyists are substantially the same as those described in paragraph 7(1)(a) of the Act.

[7] La Loi autorise aussi le registraire général du Canada à désigner un directeur chargé de tenir un registre contenant toutes les déclarations réglementaires déposées par les personnes se livrant à des activités de lobbyisme (voir l'article 8 de la Loi). La Loi oblige le directeur, en consultation avec les personnes et les organisations intéressées, à élaborer un *Code de déontologie des lobbyistes* « portant sur toutes les activités visées aux paragraphes 5(1) et 7(1) » (voir l'article 10.2 [édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2004, ch. 7, art. 39] de la Loi). Les activités visées au paragraphe 5(1) sont celles qui sont énumérées aux alinéas 5(1)a) et b) de la Loi. Le paragraphe 7(1) [mod. par L.C. 2003, ch. 10, art. 7] traite des lobbyistes salariés. Les activités de ces lobbyistes sont essentiellement les mêmes que celles qui sont décrites à l'alinéa 7(1)a).

[8] Since it is the agreement to undertake lobbying activities which gives rise to the obligation to file the prescribed form, it is not surprising that it is this same agreement which gives rise to the obligation to comply

[8] Comme c'est l'engagement de se livrer à des activités de lobbyisme qui donne lieu à l'obligation de déposer la déclaration réglementaire, il n'est pas étonnant que ce soit le même engagement qui fait naître

with the Code [subsection 10.3(1) (as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2003, c. 10, s. 9)]:

10.3 (1) The following individuals shall comply with the Code:

(a) an individual who is required to file a return under subsection 5(1); and

(b) an employee who, in accordance with paragraph 7(3)(f) or (f.1), is named in a return filed under subsection 7(1).

[9] It follows from this that the application Judge erred when he found that Mr. Makhija “by failing to register, was not subject to the Code”: see paragraph 84 of the application Judge’s reasons. If Mr. Makhija was required to file the prescribed form because he agreed to undertake lobbying activities, he was, by the same token, required to comply with the Code.

[10] The Registrar’s powers of investigation, which were the subject of the application for judicial review, are set out in section 10.4 [as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2004, c. 7, ss. 23 and 39] of the Act:

10.4 (1) Where the registrar believes on reasonable grounds that a person has breached the Code, the registrar shall investigate to determine whether a breach has occurred.

[11] As a result, assuming that the Registrar had reasonable grounds for believing that a breach of the Code had occurred, he was entitled to conduct an investigation, whether or not the person concerned had filed a prescribed form with respect to the lobbying activities in question, to see if the person had complied with the terms of the Code.

[12] The application Judge’s error with respect to the application of the Code to a person who had not filed a prescribed form in relation to his lobbying activities caused him to cut short his consideration of Mr. Makhija’s application for judicial review without considering the merits of the application. The matter must therefore be returned to him so as to allow him to conclude the task which was before him.

l’obligation de se conformer au code [paragraphe 10.3(1) (édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2003, ch. 10, art. 9)] :

10.3 (1) Doivent se conformer au code :

a) la personne tenue de fournir une déclaration en application du paragraphe 5(1);

b) l’employé qui, aux termes des alinéas 7(3)f) ou f.1), est nommé dans une déclaration fournie en application du paragraphe 7(1).

[9] Il s’ensuit que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que M. Makhija, « parce qu’il ne s’était pas enregistré, n’était pas soumis au code » (paragraphe 84 des motifs du juge de première instance). Si M. Makhija était tenu de déposer la déclaration réglementaire parce qu’il s’était engagé à se livrer à des activités de lobbying, il était, pour la même raison, tenu de se conformer au Code.

[10] Les pouvoirs d’enquête du directeur, qui faisaient l’objet de la demande de contrôle judiciaire, sont énoncés à l’article 10.4 [édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2004, ch. 7, art. 23 et 39] de la Loi :

10.4 (1) Le directeur fait enquête lorsqu’il a des motifs raisonnables de croire qu’une personne a commis une infraction au code.

[11] En conséquence, en supposant que le directeur avait des motifs raisonnables de croire qu’une personne avait commis une infraction au Code, il avait le droit de faire enquête pour vérifier si cette personne s’était conformée aux modalités du Code et ce, peu importe que celle-ci ait déposé ou non la déclaration réglementaire relativement aux activités de lobbying en question.

[12] L’erreur que le juge de première instance a commise en ce qui concerne l’application du Code à une personne qui n’avait pas déposé de déclaration réglementaire relativement à ses activités de lobbying l’a amené à mettre fin à son examen de la demande de contrôle judiciaire de M. Makhija, sans statuer sur le fond. L’affaire doit par conséquent lui être renvoyée pour lui permettre d’achever la tâche qui lui était confiée.

[13] I would therefore allow the appeal, set aside the orders of the application Judge:

(1) allowing the application for judicial review from each of the four decisions which were under review;

(2) quashing each of the four decisions under review;

(3) directing the Registrar to take all necessary steps with the President of the Treasury Board to have removed the four decisions that were tabled in the House of Commons and the Senate on March 19, 2007 and March 20, 2007 respectively;

(4) allowing Mr. Makhija the costs of the application;

and remit the matter to the application Judge with a direction that he decide the application for judicial review on the basis that the Registrar had the jurisdiction to undertake an investigation as to whether a breach of the Code had occurred.

[14] Since the Attorney General of Canada has not asked for costs of the appeal, none will be granted.

NADON J.A.: I agree.

BLAIS J.A.: I agree.

[13] Je suis par conséquent d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les ordonnances par lesquelles le juge de première instance a :

1) accueilli la demande de contrôle judiciaire, avec dépens en faveur du demandeur;

2) annulé chacune des quatre décisions visées par la demande de contrôle judiciaire;

3) enjoint au directeur de prendre sur-le-champ toutes les mesures nécessaires auprès du président du Conseil du Trésor pour faire enlever les quatre décisions qui ont été déposées devant la Chambre des communes et devant le Sénat, respectivement le 19 mars 2007 et le 20 mars 2007.

4) adjugé à M. Makhija les dépens de la demande;

et de renvoyer l'affaire au juge de première instance en lui donnant pour directive de statuer sur la demande de contrôle judiciaire en partant du principe que le directeur avait le pouvoir d'enquêter sur la question de savoir si une infraction au Code avait été commise.

[14] Comme le procureur général du Canada n'a pas réclamé les dépens de l'appel, aucuns dépens ne seront adjugés.

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

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

IMM-3145-07
2008 FC 1356

IMM-3145-07
2008 CF 1356

Zsolt Somodi (*Applicant*)

Zsolt Somodi (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court, Mandamin J.—Toronto, July 22; Ottawa, December 5, 2008.

Cour fédérale, juge Mandamin—Toronto, 22 juillet; Ottawa, 5 décembre 2008.

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Judicial review of immigration officer's decision refusing application for permanent resident status as member of family class — Issue whether application barred by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 72(2)(a), stating no application possible until any right of appeal provided by IRPA exhausted — Appeal by sponsor to Immigration Appeal Division under IRPA, s. 63(1) adequate alternative remedy — Applicant barred from proceeding with application for judicial review until sponsor's right to appeal exhausted — Application dismissed — Question certified as to effect IRPA, s. 72(2)(a).

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'immigration rejetant une demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial — Il s'agissait de savoir si l'art. 72(2)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), qui dispose qu'il est interdit de présenter une demande de contrôle judiciaire tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées, interdit le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire — L'appel interjeté par la répondante auprès de la Section d'appel de l'immigration en vertu de l'art. 63(1) de la LIPR constitue un autre recours approprié — Il est interdit au demandeur de déposer une demande de contrôle judiciaire jusqu'à ce que les voies d'appel de sa répondante soient épuisées — Demande rejetée — Question certifiée quant à l'effet de l'art. 72(2)a de la LIPR.

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision refusing an application for permanent resident status as a member of the family class. The applicant's spouse, as sponsor, also filed an appeal of the officer's decision with the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board. The issue was whether the application for judicial review was statutorily barred by paragraph 72(2)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), which provides that no application for judicial review of a decision made under the IRPA can be made until any right of appeal that may be provided by the IRPA is exhausted.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté une demande de résidence permanente présentée dans la catégorie du regroupement familial. L'épouse du demandeur, en tant que répondante, a également interjeté appel de la décision de l'agent auprès de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La question litigieuse était celle de savoir si l'alinéa 72(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), qui dispose qu'il est interdit de présenter une demande de contrôle judiciaire tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées, interdit au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire.

Held, the application should be dismissed.

Jugement : la demande doit être rejetée.

The IRPA and the *Immigration and Refugee Protection Regulations* provide a process for reuniting family members where one is a Canadian citizen or permanent resident and the other is a foreign national. This process places the Canadian

La LIPR et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* fournissent une procédure permettant de réunir les familles lorsque l'un de ses membres est citoyen canadien ou résident permanent et que l'autre est un étranger. Ce

family sponsor in charge of the family class immigration applications. If there is a right to appeal under paragraph 72(2)(a) of the IRPA, it must be exercised by the sponsor, who has the sole authority to initiate, continue or discontinue the family class application or appeal any decision concerning that application. Subsection 63(1) of the IRPA states that a sponsor may appeal “against a decision not to issue . . . a permanent resident visa.” This provision does not limit the Canadian sponsor’s appeal to sponsorship issues; it also includes the right to appeal on issues relating to the application for a permanent resident visa as a member of the family class. Thus, any challenge to an immigration officer’s decision must proceed by an appeal by the sponsor who is the Canadian citizen or permanent resident.

As to the question of the adequacy of the sponsor’s appeal to the IAD as an alternative remedy, it is clear from the wording of subsection 63(1) of the IRPA that the IAD has ample scope to consider the issues arising in the present matter. Moreover, such an appeal is convenient in that it is readily available to the Canadian family member, is an appeal *de novo* and allows for the remedy sought if appropriate (as opposed to the more limited remedies available on judicial review). The applicant therefore has an alternative remedy available to him through an appeal by the Canadian family sponsor.

While the wording of paragraph 72(2)(a) does not prohibit outright an application for judicial review, it defers any judicial review “until any right of appeal that may be provided by [IRPA] is exhausted”. Since the right of appeal is broad in scope, the prohibition applies to any judicial review on the same matter until the appeal process is completed. Consequently, the applicant is barred from proceeding with any application for judicial review until his sponsor’s right to appeal is exhausted.

A question on the effect of paragraph 72(2)(a) of the IRPA, i.e. whether it bars an application for judicial review by the applicant of a spousal application while the sponsor exercises a right of appeal under section 63, was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 11 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116), 12, 13(1), 16, 25, 63, 67, 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 116, 117 (as am. by SOR/2004-167,

processus place le répondant canadien de la famille en charge des demandes d’immigration de la catégorie du regroupement familial. S’il y a un droit d’appel en vertu de l’alinéa 72(2)a) de la LIPR, il doit être exercé par le répondant, qui a l’autorité d’introduire une demande dans la catégorie du regroupement familial, de la faire traiter ou d’y mettre fin. Le paragraphe 63(1) de la LIPR prévoit que le répondant peut « interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent ». Cette disposition ne limite pas les appels interjetés par le répondant canadien aux questions de parrainage; elle confère également au répondant le droit d’interjeter appel sur des questions relatives à la demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial. Ainsi, pour contester la décision d’un agent d’immigration, il faut passer par un appel du répondant, qui est citoyen canadien ou résident permanent du Canada.

S’agissant de la question de savoir si l’appel interjeté par le répondant auprès de la SAI constitue un autre recours approprié, il ressort clairement du libellé du paragraphe 63(1) de la LIPR que la SAI a amplement compétence pour examiner les questions soulevées en l’espèce. Qui plus est, cet appel est pratique dans la mesure où il est facilement accessible au membre canadien de la famille, il s’agit d’un appel *de novo* et il permet la réparation demandée si elle convient (comparativement au contrôle judiciaire qui n’entraîne que des réparations plus limitées). Le demandeur dispose donc d’un autre recours, soit l’appel interjeté par le répondant canadien de la famille.

Bien que le libellé de l’alinéa 72(2)a) n’interdise pas expressément la demande de contrôle judiciaire, il la diffère plutôt « tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées ». Puisque l’expression « voies d’appel » a une large portée, l’interdiction s’applique aux demandes de contrôle judiciaire portant sur la même question, jusqu’à ce que le processus soit terminé. Par conséquent, il est interdit au demandeur de déposer une demande de contrôle judiciaire jusqu’à ce que les voies d’appel de sa répondante soient épuisées.

Une question relative à l’effet de l’alinéa 72(2)a) de la LIPR, à savoir s’il interdit une demande de contrôle judiciaire présentée par la personne ayant déposé une demande pour conjoint pendant que le répondant exerce une voie d’appel en vertu de l’article 63, a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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. 11 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116), 12, 13(1), 16, 25, 63, 67, 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).

s. 41; 2005-61, s. 3), 118 (as am. SOR/2005-61, s. 4), 119, 120, 121 (as am. by SOR/2004-167, s. 42), 122 (as am. by SOR/2008-202, s. 9(F)), 124(a).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 116, 117 (mod. par DORS/2004-167, art. 41; 2005-61, art. 3), 118 (mod. par DORS/2005-61, art. 4), 119, 120, 121 (mod. par DORS/2004-167, art. 42), 122 (mod. par DORS/2008-202, art. 9(F)), 124a).

CASES CITED

APPLIED:

Sidhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002), 218 F.T.R. 1; 19 Imm. L.R. (3d) 113; 2002 FCT 260; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1.

CONSIDERED:

Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 62 F.T.R. 308 (F.C.T.D.); *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 299 F.T.R. 305; 56 Imm. L.R. (3d) 32; 2006 FC 1109; *Ramautar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1003.

REFERRED TO:

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; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; (1995), 124 D.L.R. (4th) 7; 97 C.C.C. (3d) 385; *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; *Gumbura v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 833; *Mendoza v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 317 F.T.R. 118; 2007 FC 934; *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1673; *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 7 Imm. L.R. (2d) 91; 97 N.R. 349 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision refusing an application for permanent resident status as a member of the family class. Application dismissed.

APPEARANCES

Rocco Galati for applicant.
Gordon Lee for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sidhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 260; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] A.C.F. n° 363 (1^{re} inst.) (QL); *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1109; *Ramautar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1003.

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Gumbura c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 833; *Mendoza c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 934; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1673; *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 104 (C.A.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente présentée dans la catégorie du regroupement familial. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Rocco Galati pour le demandeur.
Gordon Lee pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Galati, Rodrigues & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MANDAMIN J.: Mr. Zsolt Somodi (the applicant) applied on August 3, 2007 for leave to commence for application for judicial review of the decision dated July 12, 2007 of an immigration officer (the officer) at the Canadian Embassy in Bucharest, Romania (the Embassy) refusing his application for permanent resident status as a member of the family class. This application for judicial review was made pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[2] The Minister applied, on September 28, 2007, for an order to dismiss the applicant's application for leave and judicial review on the basis that the applicant was precluded from launching an application for judicial review by paragraph 72(2)(a) of the IRPA which provides that no application for judicial review can be made until any right of appeal that may be provided by the IRPA is exhausted.

[3] On December 3, 2007, Justice Hughes adjourned the motion to be considered at the same time as the application for leave. On May 1, 2008, Justice O'Keefe granted leave and dismissed the Minister's motion to strike the application for judicial review.

[4] The issues as identified by the applicant in his application record are many and varied:

1. Whether the visa officer's decision is a nullity, for failure to give adequate reasons, as required by *Baker* [*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*], [1999] 2 S.C.R. 817] and *Johnson*?

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Galati, Rodrigues & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MANDAMIN : M. Zsolt Somodi (le demandeur) a déposé le 3 août 2007 une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision rendue le 12 juillet 2007 par un agent d'immigration (l'agent) à l'ambassade du Canada (l'ambassade) à Bucarest, en Roumanie, lequel agent a rejeté la demande de résidence permanente présentée par le demandeur dans la catégorie du regroupement familial. La présente demande de contrôle judiciaire est présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] Le ministre a sollicité, le 28 septembre 2007, une ordonnance qui rejeterait la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du demandeur au motif que celui-ci ne pouvait pas déposer de demande de contrôle judiciaire parce que, selon l'alinéa 72(2)a) de la LIPR, il est interdit de présenter une demande de contrôle judiciaire tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées.

[3] Le 3 décembre 2007, le juge Hughes a reporté l'audition de la requête au moment où serait entendue la demande d'autorisation. Le 1^{er} mai 2008, le juge O'Keefe a accueilli la demande d'autorisation et a rejeté la requête du ministre visant à faire radier la demande de contrôle judiciaire.

[4] Les questions soulevées par le demandeur dans son dossier de demande sont nombreuses et diverses :

1. La décision de l'agent des visas est-elle nulle parce qu'il n'a pas donné de motifs adéquats, comme l'exigent les arrêts *Baker* [*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*], [1999] 2 R.C.S. 817] et *Johnson*?

2. Whether the officer refused and/or failed to exercise jurisdiction in not addressing or granting the applicant an exemption, pursuant to section 25 of the IRPA, for an interview?

2. L'agent a-t-il refusé ou omis d'exercer sa compétence en n'examinant pas la possibilité d'exempter, comme le prévoit l'article 25 de la LIPR, le demandeur de l'entrevue ou en n'accordant pas l'exemption?

3. Whether the officer made his decision in disregard of the evidence and total circumstances of the case?

3. L'agent a-t-il rendu sa décision sans tenir compte de la preuve et de l'ensemble des circonstances en l'espèce?

4. Whether the applicant's right to counsel was not only belittled but completely ignored and abrogated contrary to the Supreme Court of Canada in *Burlingham* [*R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206]?

4. Le droit du demandeur à l'assistance d'un avocat a-t-il été déprécié, voire bafoué et abrogé, ce qui va à l'encontre de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Burlingham* [*R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206]?

5. Whether, in all the circumstances, the officer made an unreasonable decision contrary to *Baker*?

5. L'agent a-t-il rendu, dans l'ensemble, une décision déraisonnable contraire à *Baker*?

6. Whether, in all the circumstances, the applicant was denied a fair hearing (consideration)?

6. Le demandeur s'est-t-il vu refuser, dans l'ensemble, une audience équitable?

[5] The respondent submits the issue is:

[5] Le défendeur soutient que la question à trancher est la suivante :

1. Should the applicant's application for judicial review be dismissed on the basis that it is statutorily barred under paragraph 72(2)(a) of the IRPA?

1. La demande de contrôle judiciaire du demandeur devrait-elle être rejetée au motif que l'alinéa 72(2)a) de la LIPR interdit au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire?

[6] I consider the issues in this application to be:

[6] J'estime que les questions à trancher dans la présente demande sont les suivantes :

1. Is the applicant's application for judicial review statutorily barred by paragraph 72(2)(a) of the IRPA?

1. L'alinéa 72(2)a) de la LIPR interdit-il au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire?

2. If the application is not statutorily barred by paragraph 72(2)(a),

2. Si l'alinéa 72(2)a) n'interdit pas le dépôt de la demande,

a. did the officer fail to exercise his jurisdiction in not granting the applicant's request for an exemption from a personal interview?; and

a. l'agent a-t-il omis d'exercer sa compétence en n'accueillant pas la demande d'exemption de l'entrevue personnelle présentée par le demandeur?

b. did the officer fail to have regard to the totality of the evidence; in particular the letter containing the prior immigration officer's apparent acceptance of the validity of the applicant's marriage?

b. l'agent a-t-il omis de prendre en considération l'ensemble de la preuve, en particulier la lettre de l'agent d'immigration précédent qui semble reconnaître la validité du mariage du demandeur?

BACKGROUND

[7] The applicant is a citizen of Romania. He applied for Convention refugee status but his claim was denied by the Refugee Protection Board [Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board].

[8] The applicant made an in-Canada application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds that were assessed under the then new policy on spouses and common-law spouses. This application for permanent residence was denied on December 8, 2005, on several grounds:

i. the applicant would not be considered under the new program for spouses and common-law spouses because he entered Canada using a fraudulent passport that was not surrendered on entry;

ii. the applicant did not meet paragraph 124(a) [of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] which requires he demonstrate that he was “the spouse or common-law partner of a sponsor and cohabit[ed] with that sponsor in Canada” [emphasis added]; and

iii. in respect of the application on humanitarian and compassionate grounds, the applicant was not granted the necessary Minister’s exemption to have his application processed from within Canada.

[9] The applicant was not precluded from making an out-of-Canada application for permanent residence as a member of the family class. The effect of the Regulations meant that the application would be processed through the Embassy in Romania. His first counsel submitted the applicant’s out-of-Canada application for permanent residence and requested that the applicant be permitted to join his family in Canada.

[10] The officer at the Embassy requested that the applicant attend for an interview. The timeline of events is as follows:

LE CONTEXTE

[7] Le demandeur est citoyen de la Roumanie. Il a demandé l’asile en tant que réfugié au sens de la Convention, mais la [Section de la protection des réfugiés] de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté sa demande.

[8] Le demandeur a présenté depuis le Canada sa demande de résidence permanente pour des motifs d’ordre humanitaire qui ont été examinés dans le cadre de la nouvelle politique sur les époux et les conjoints de faits. Cette demande de résidence permanente a été rejetée le 8 décembre 2005 pour plusieurs motifs :

i. le demandeur ne serait pas visé par le nouveau programme pour les époux et les conjoints de fait parce qu’il est entré au Canada en utilisant un faux passeport qu’il n’a pas remis à son entrée;

ii. le demandeur ne satisfaisait pas aux exigences de l’alinéa 124a) du Règlement [*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227], lequel exige que le demandeur prouve qu’il est « l’époux ou le conjoint de fait d’un répondant et vit avec ce répondant au Canada » [non souligné dans l’original];

iii. pour ce qui est de la demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, le ministre n’a pas accordé au demandeur l’exemption nécessaire pour permettre à sa demande d’être traitée depuis le Canada.

[9] Il n’était pas interdit au demandeur de présenter depuis l’étranger une demande de résidence permanente dans la catégorie du regroupement familial. Le Règlement fait en sorte que la demande serait traitée par l’ambassade en Roumanie. Son premier avocat a présenté la demande de résidence permanente du demandeur depuis l’étranger et a demandé qu’il soit permis au demandeur de rejoindre sa famille au Canada.

[10] L’agent à l’ambassade a demandé que le demandeur se présente pour une entrevue. La chronologie des faits est la suivante :

-
- April 3, 2006: the applicant's first counsel acted on behalf of the applicant and submitted the application for permanent residence as a sponsored member of the family class.
 - March 22, 2007: the Embassy asked the applicant through the applicant's first counsel to attend at the Embassy for an interview on April 23, 2007. The applicant does not appear nor does he provide any notice or explanation for the non-appearance.
 - Sometime between March 22, 2007 and May 2, 2007: the applicant changes his legal representative.
 - May 2, 2007: the Embassy informs the applicant through his first counsel that he is re-scheduled for an interview on June 4, 2007, at the Embassy.
 - May 3, 2007: the first counsel informs the applicant via e-mail that he is required to inform the Embassy of a change in counsel.
 - May 8, 2007: the applicant's second counsel informs the Embassy that the first counsel is no longer acting. In this notification, second counsel informs the Embassy that the applicant fears returning to Romania for the interview but that the applicant's spouse and the second counsel are able to attend the June 4, 2007 interview on the applicant's behalf.
 - May 17, 2007: the Embassy sends a letter to the applicant, via the first counsel indicating that the applicant is required to attend in person for his June 4, 2007 interview. On the same day, the first counsel e-mails the sponsor informing her that he was again contacted by the Embassy.
 - June 4, 2007: the applicant does not attend the interview at the Embassy.
- [11] On July 12, 2007, the officer at the Embassy informed the applicant by way of the first counsel of his decision to deny the application for permanent residence
- Le 3 avril 2006 : le premier avocat du demandeur a agi pour le compte du demandeur et a présenté la demande de résidence permanente pour un membre parrainé de la catégorie du regroupement familial.
 - Le 22 mars 2007 : l'ambassade a demandé au demandeur, par l'intermédiaire de son premier avocat, de se présenter à l'ambassade pour une entrevue le 23 avril 2007. Le demandeur ne se présente pas, sans donner de préavis ni expliquer son absence.
 - À un certain moment entre le 22 mars 2007 et le 2 mai 2007 : le demandeur change d'avocat.
 - Le 2 mai 2007 : l'ambassade informe le demandeur par l'intermédiaire de son premier avocat qu'il est de nouveau convoqué à une entrevue, le 4 juin 2007, à l'ambassade.
 - Le 3 mai 2007 : le premier avocat fait savoir au demandeur par courrier électronique qu'il doit informer l'ambassade qu'il a changé d'avocat.
 - Le 8 mai 2007 : le second avocat du demandeur informe l'ambassade que le premier avocat n'a plus titre pour agir. Dans son avis, le second avocat informe l'ambassade que le demandeur craint de retourner en Roumanie pour l'entrevue, mais que l'épouse du demandeur et lui-même seront en mesure de se présenter à l'entrevue du 4 juin 2007 pour le compte du demandeur.
 - Le 17 mai 2007 : l'ambassade envoie une lettre au demandeur, par l'intermédiaire du premier avocat, dans laquelle elle précise que le demandeur est tenu de se présenter en personne à l'entrevue du 4 juin 2007. Le même jour, le premier avocat envoie un courrier électronique à la personne qui parraine le demandeur pour l'informer que l'ambassade a encore une fois communiqué avec lui.
 - Le 4 juin 2007 : le demandeur ne se présente pas à l'entrevue à l'ambassade.
- [11] Le 12 juillet 2007, l'agent à l'ambassade fait part au demandeur, par l'intermédiaire de son premier avocat, de sa décision de rejeter sa demande de

as a member of the family class. The officer advises that he is unable to determine whether the applicant is admissible to Canada because the applicant did not present himself for the interview and give the officer a chance to examine him.

[12] The applicant applied on August 3, 2007 for leave to commence an application for judicial review of the officer's decision to deny his out-of-Canada application for permanent residence.

[13] The applicant's spouse, as sponsor, also filed an appeal of the officer's decision with the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the IAD) on August 3, 2007.

STANDARD OF REVIEW

[14] The preliminary issue, the effect of paragraph 72(2)(a) of the IRPA in the applicant's request for judicial review, necessarily engages the principles of statutory interpretation, and as such, questions of law are reviewed on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 55).

[15] The officer's decision not to grant the applicant's request for an exemption for a personal interview turns on the exercise of the officer's responsibilities and discretion. The question of granting an exception does not lead to a specific result: it gives rise to a number of possible outcomes ranging from requiring a physical presence at the examination to granting an exception as contemplated by section 25 of the IRPA. As a discretionary decision, the officer's decision should be assessed on a standard of reasonableness with deference to the officer's knowledge and expertise in considering such matters (*Dunsmuir*, at paragraphs 47, 53).

[16] The standard of review for the officer's decision based on the information available is also to be assessed on a standard of reasonableness. Decisions of

résidence permanente à titre de membre de la catégorie du regroupement familial. L'agent précise qu'il est incapable d'établir si le demandeur est admissible au Canada parce qu'il ne s'est pas présenté à l'entrevue et n'a pas donné à l'agent la chance de l'interroger.

[12] Le 3 août 2007, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision de l'agent de rejeter sa demande de résidence permanente présentée depuis l'étranger.

[13] L'épouse du demandeur, en tant que répondante, a également interjeté appel de la décision de l'agent auprès de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié le 3 août 2007.

LA NORME DE CONTRÔLE

[14] La question préliminaire, soit l'effet de l'alinéa 72(2)a) de la LIPR sur la demande de contrôle judiciaire du demandeur, nécessite l'application des principes d'interprétation des lois et, de par leur nature, les questions de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte (voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 55).

[15] La décision de l'agent de ne pas exempter le demandeur de l'entrevue sur place repose sur l'exercice qu'a fait l'agent de ses responsabilités et de son pouvoir discrétionnaire. Le fait d'accorder ou non une exemption n'entraîne pas de résultat précis : il donne lieu à un certain nombre de résultats possibles, allant de l'obligation de se présenter en personne à l'entrevue à l'octroi de l'exemption comme le prévoit l'article 25 de la LIPR. Puisqu'elle relève d'un pouvoir discrétionnaire, la décision de l'agent devrait être examinée selon la norme de la raisonabilité, en ayant déférence aux connaissances et à l'expertise de l'agent dans l'examen de cas semblables (voir l'arrêt *Dunsmuir*, aux paragraphes 47 et 53).

[16] La norme de contrôle applicable à la décision qu'a prise l'agent à partir des renseignements dont il disposait est également susceptible de contrôle selon la

immigration officers made in the exercise of their duties are reviewed on a standard of reasonableness: *Gumbura v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 833.

norme de la raisonabilité. Les décisions prises par les agents d'immigration dans l'exercice de leurs fonctions sont examinées selon la norme de la raisonabilité : *Gumbura c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 833.

ANALYSIS

ANALYSE

[17] A foreign national must apply for a visa and be examined by an immigration officer pursuant to section 11 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116] of the IRPA:

[17] L'article 11 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116] de la LIPR prévoit que l'étranger doit demander un visa et faire l'objet d'un contrôle par un agent d'immigration :

11. (1) A foreign national must, before entering Canada, apply to an officer for a visa or for any other document required by the regulations. The visa or document may be issued if, following an examination, the officer is satisfied that the foreign national is not inadmissible and meets the requirements of this Act.

11. (1) L'étranger doit, préalablement à son entrée au Canada, demander à l'agent les visa et autres documents requis par règlement. L'agent peut les délivrer sur preuve, à la suite d'un contrôle, que l'étranger n'est pas interdit de territoire et se conforme à la présente loi.

(2) The officer may not issue a visa or other document to a foreign national whose sponsor does not meet the sponsorship requirements of this Act.

(2) Ils ne peuvent être délivrés à l'étranger dont le répondant ne se conforme pas aux exigences applicables au parrainage.

[18] A Canadian citizen or permanent resident may sponsor a foreign national who is a member of the family class pursuant to subsection 13(1) of the IRPA:

[18] Selon le paragraphe 13(1) de la LIPR, tout citoyen canadien et tout résident permanent peut parrainer un étranger de la catégorie du regroupement familial :

13. (1) A Canadian citizen or permanent resident may, subject to the regulations, sponsor a foreign national who is a member of the family class.

13. (1) Tout citoyen canadien et tout résident permanent peuvent, sous réserve des règlements, parrainer l'étranger de la catégorie « regroupement familial ».

[19] A sponsor may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa pursuant to subsection 63(1) of the IRPA:

[19] La personne ayant déposé une demande de parrainage peut interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent, aux termes du paragraphe 63(1) de la LIPR :

63. (1) A person who has filed in the prescribed manner an application to sponsor a foreign national as a member of the family class may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa.

63. (1) Quiconque a déposé, conformément au règlement, une demande de parrainage au titre du regroupement familial peut interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent.

[20] An applicant may apply for judicial review of a decision made under the IRPA pursuant to subsection 72(1):

[20] Tout demandeur peut solliciter le contrôle judiciaire d'une décision rendue en application de la LIPR conformément au paragraphe 72(1) :

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise

measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

[21] An application for judicial review under subsection 72(1) is governed by subsection 72(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] and in particular paragraph 72(2)(a) which reads:

72. (1) ...

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

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

[22] The applicant submits that paragraph 72(2)(a) does not ban him from applying for judicial review because the statutory right of appeal is that of the sponsor not the applicant. He contends the wording of subsection 63(1) is clear: the right to appeal is that of the sponsor. Nothing in sections 116-122 [ss. 117 (as am. by SOR/2004-67, s. 41; 2005-61, s. 3), 118 (as am. *idem*, s. 4), 121 (as am. by SOR/2004-167, s. 42), 122 (as am. by SOR/2008-202, s. 9(F))] of the Regulations support a conclusion that a sponsor and the foreign national form one entity for the purposes of a sponsorship application in the family class. He submits a sponsor's right of appeal cannot be a bar on an applicant's statutory right to judicial review since sponsor and applicant are separate persons.

[23] The respondent submits that paragraph 72(2)(a) specifically precludes individuals from seeking judicial review until all appeal rights under the IRPA have been exhausted.

[24] In *Grewal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1993), 62 F.T.R. 308 (F.C.T.D.), Justice Noël stated [at paragraph 8]:

It is good law that where a statutory appeal lies judicial review will not proceed. However the right of appeal conferred by section 77 belongs to the sponsor, in this instance the Appellant's wife, and not to the Applicant. There is no authority which would allow me to conclude that a right of

dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

[21] La demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du paragraphe 72(1) est régie par le paragraphe 72(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194], en particulier l'alinéa 72(2)a), lequel est rédigé ainsi :

72. (1) [...]

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

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées;

[22] Le demandeur soutient que l'alinéa 72(2)a) ne l'empêche pas de solliciter un contrôle judiciaire parce que le droit d'appel prévu par la loi appartient au répondant, et non au demandeur. Il soutient que le libellé du paragraphe 63(1) est clair : le droit d'appel appartient au répondant. Rien dans les articles 116 à 122 [art. 117 (mod. par DORS/2004-167, art. 41; 2005-61, art. 3), 118 (mod., *idem*, art. 4), 121 (mod. par DORS/2004-167, art. 42), 122 (mod. par DORS/2008-202, art. 9(F))] du Règlement ne corrobore une affirmation selon laquelle le répondant et l'étranger formeraient une seule entité dans le cadre d'une demande de parrainage dans la catégorie du regroupement familial. Il soutient que le droit d'appel du répondant ne peut constituer une entrave au droit, conféré au demandeur par la loi, à un contrôle judiciaire, puisque le répondant et le demandeur sont des personnes distinctes.

[23] Le défendeur soutient que l'alinéa 72(2)a) interdit expressément à tout individu de demander le contrôle judiciaire avant que toutes les voies d'appel prévues par la LIPR aient été épuisées.

[24] Dans *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 363 (1^{re} inst.) (QL), le juge Noël a déclaré [au paragraphe 8] :

Il est établi en droit qu'un droit d'appel prévu par la loi exclut le contrôle judiciaire. Toutefois, le droit d'appel conféré à l'article 77 appartient au répondant, en l'espèce l'épouse du requérant, et non à ce dernier. Aucune jurisprudence ne me permet de conclure que le droit d'appel appartenant à une

appeal belonging to one individual operates as a bar to a right of judicial review belonging to another individual.

[25] *Grewal* was decided under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which did not include a statutory equivalent to paragraph 72(2)(a) of the IRPA. In *Sidhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 218 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), Justice Dawson dismissed an application for judicial review of an officer's decision to deny permanent resident status on the basis that the former Act provided for a right of appeal and therefore an alternative remedy existed. After a careful review of the scheme set out in the *Immigration Act*, she concluded that it established a complete procedure governing landing, including a right of appeal where landing is denied. She stated [at paragraphs 31–34]:

It is a settled principle of law that remedies such as those sought on this application for judicial review ought not to be granted if the Court is satisfied that an adequate, alternative remedy is available to the applicant. See, for example, *Anderson v. Canada (Armed Forces)*, [1997] 1 F.C. 273 (F.C.A.). The point is often expressed in terms that applicants ought to exhaust all statutory remedies before seeking judicial review, and reflects the discretionary and extraordinary nature of judicial review.

In my view, in the present case the legislative provisions governing landing provide an adequate, alternative remedy to judicial review of the decision of the senior immigration officer.

In so concluding I have had regard to the following factors. The tenor of the *Adjudication Division Rules*, SOR/93-47 and the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/93-46 encourages the parties to proceed expeditiously. There is no suggestion that the process is costly, or in any event more costly than judicial review. An adjudicator has jurisdiction to grant landing, which is a remedy superior to that available on an application for judicial review, where the matter may well simply be remitted for redetermination. The final decision of the Appeal Division may be the subject of an application for leave and for judicial review.

Declining, in the face of an adequate alternative remedy, to exercise the court's discretion at this juncture preserves the

personne a pour effet d'éteindre le droit au contrôle judiciaire appartenant à une autre personne.

[25] La décision *Grewal* a été rendue sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, laquelle ne comportait pas de disposition équivalente à l'alinéa 72(2)a) de la LIPR. Dans *Sidhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 260, la juge Dawson a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision rendue par un agent de ne pas accorder la résidence permanente au motif que l'ancienne Loi prévoyait un droit d'appel et qu'il existait donc un autre recours. Après avoir examiné soigneusement les dispositions de la *Loi sur l'immigration*, elle a conclu que celles-ci établissaient une procédure complète régissant la résidence permanente, notamment un droit d'appel lorsque la résidence permanente est refusée. Elle a affirmé [aux paragraphes 31 à 34] :

Selon un principe de droit bien établi, la Cour ne devrait pas accorder les réparations de la nature de celles sollicitées dans la présente demande de contrôle judiciaire si elle est convaincue que le demandeur dispose d'un recours subsidiaire adéquat. Voir, par exemple *Anderson c. Canada (Forces armées)*, [1997] 1 C.F. 273 (C.A.F.). On exprime souvent ce principe en disant que le demandeur devrait épuiser tous les recours prévus par la loi avant de solliciter le contrôle judiciaire, et ce principe reflète la nature discrétionnaire et extraordinaire du contrôle judiciaire.

Je suis d'avis qu'en l'espèce, les dispositions législatives régissant le droit d'établissement fournissent un recours subsidiaire adéquat au contrôle judiciaire de la décision de l'agent principal.

Pour tirer cette conclusion, j'ai tenu compte des facteurs suivants. La teneur des *Règles de la Section d'arbitrage*, DORS/93-47, et des *Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/93-46, incite les parties à agir rapidement. Rien n'indique que le processus soit coûteux ni, de toute manière, plus coûteux que le contrôle judiciaire. Un arbitre a compétence pour accorder le droit d'établissement, ce qui constitue une réparation supérieure à celle susceptible d'être obtenue par voie de demande de contrôle judiciaire, où l'affaire peut tout simplement être renvoyée pour nouvel examen. La décision finale de la Section d'appel peut faire l'objet d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.

Le fait que je refuse d'exercer mon pouvoir discrétionnaire à ce stade-ci en raison de l'existence d'un recours subsidiaire

integrity of the process established by Parliament, reflects a proper and measured concern for the economic use of judicial resources, and ensures that if questions of law are ultimately to be decided by this Court on an application for judicial review the Court will have the benefit of reasons from the Appeal Division.

[26] These cases were decided on the basis of the prior *Immigration Act* regime. They do not stand for the proposition that the applicant has a right to judicial review when the sponsor's right to appeal under paragraph 72(2)(a) has not yet been exhausted.

[27] In *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 299 F.T.R. 305 (F.C.), Justice Shore heard an application for judicial review of a visa officer's decision that an applicant was excluded as a member of the family class for permanent residency and that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to grant the application for permanent resident status. Justice Shore considered whether he had jurisdiction to review the merits of the visa officer's decision relating to whether the applicant was properly excluded as a member of the family class. He concluded that he did not because of paragraph 72(2)(a) and proceeded solely on the judicial review of the humanitarian and compassionate determination.

[28] Justice Shore applied paragraph 72(2)(a) but did not conduct any analysis of the basis for paragraph 72(2)(a) or its impact on the application for judicial review. He stated [at paragraphs 20–22]:

Mr. Li's father, as the sponsor, had the right to appeal to the Immigration Appeal Division the refusal of Mr. Li's application for permanent residence. Mr. Li's father has not exhausted his appeal rights pursuant to subsection 63(1) of IRPA.

Section 72 of IRPA deals with applications for judicial review. Subsection 72(1) states that not application can be made until any right of appeal provided by the Act is exhausted:

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order

adéquat préserve l'intégrité du processus établi par le législateur, reflète le souci justifié et raisonnable d'utiliser de façon économique les ressources judiciaires et garantit que la Cour aura l'avantage de disposer des motifs de la Section d'appel si elle doit trancher en bout de ligne des questions de droit dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[26] Ces affaires ont été tranchées sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Elles ne viennent pas confirmer la proposition voulant que le demandeur ait droit au contrôle judiciaire quand les voies d'appel du répondant n'ont pas été épuisées selon l'alinéa 72(2)(a).

[27] Dans *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1109, le juge Shore a entendu une demande de contrôle judiciaire visant la décision d'un agent des visas, lequel avait conclu que le demandeur ne faisait pas partie de la catégorie du regroupement familial applicable à la résidence permanente et que les motifs d'ordre humanitaire invoqués ne justifiaient pas qu'on fasse droit à la demande de résidence permanente. Le juge Shore s'est penché sur la question de savoir s'il avait compétence pour contrôler le fond de la décision de l'agent des visas, soit examiner s'il était correct que le demandeur ait été exclu de la catégorie du regroupement familial. Il a conclu qu'il n'avait pas compétence en raison de l'alinéa 72(2)(a) et a ensuite procédé au contrôle judiciaire de la décision portant sur les motifs d'ordre humanitaire.

[28] Le juge Shore a appliqué l'alinéa 72(2)(a), mais il n'a pas analysé la raison d'être de cette disposition ni son effet sur la demande de contrôle judiciaire. Il a affirmé [aux paragraphes 20 à 22] :

En tant que répondant, le père de M. Li a le droit d'interjeter appel, devant la Section d'appel de l'immigration, du rejet de la demande de résidence permanente de son fils, M. Li. Or, en l'espèce, le père de M. Li n'a pas épuisé les droits d'appel que lui confère le paragraphe 63(1) de la LIPR.

L'article 72 de la LIPR porte sur les demandes de contrôle judiciaire. Le paragraphe 72(1) dispose qu'aucune demande ne peut être présentée tant que les voies d'appel prévues par la Loi ne sont pas épuisées :

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire

made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

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

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

...

Accordingly, only the negative decision on the application for H&C considerations pursuant to subsection 25(1) of IRPA can be challenged on judicial review at this time.

[29] More recently, in *Ramautar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1003, Justice Pinard heard an application for judicial review wherein the Immigration and Refugee Board decided the applicant was inadmissible to Canada for reasons of serious criminality. The applicant was entitled to appeal to the Immigration Appeal Division under subsection 63(3) of the IRPA. Justice Pinard held that the language of paragraph 72(2)(a) is clear, an application for judicial review is barred until all rights of appeal are exhausted. He applied the reasoning of Justice Dawson in *Sidhu*. He stated, at paragraph 6: “[t]he applicant has an alternative remedy available to him, and must take advantage of this remedy, before judicial review of the Board’s decision is available”.

[30] The IRPA and the Regulations provide a process for reuniting family members where one is a Canadian citizen or permanent resident (the Canadian family member or the Canadian family sponsor) and the other is a foreign national:

1. a foreign national may apply for permanent residence as a member of the family class (section 12 of the IRPA);

2. the foreign national is a member of the family class if he is the spouse or family member of a Canadian family member (section 117 of the Regulations);

— prise dans le cadre de la présente loi est subordonnée au dépôt d’une demande d’autorisation.

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

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées;

[...]

En conséquence, seule la décision défavorable rendue à l’issue d’une demande fondée sur les raisons d’ordre humanitaire prévues au paragraphe 25(1) de la LIPR peut, pour le moment, être contestée par voie de contrôle judiciaire.

[29] Plus récemment, dans la décision *Ramautar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 1003, le juge Pinard a entendu une demande de contrôle judiciaire d’une décision dans laquelle la Commission de l’immigration et du statut de réfugié avait conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité. Le demandeur avait le droit d’interjeter appel auprès de la Section d’appel de l’immigration en vertu du paragraphe 63(3) de la LIPR. Le juge Pinard a conclu que le libellé de l’alinéa 72(2)a) était clair, qu’on ne peut déposer une demande de contrôle judiciaire tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées. Il a appliqué le raisonnement exposé par la juge Dawson dans la décision *Sidhu*. Il a déclaré, au paragraphe 6 : [TRADUCTION] « [l]e demandeur dispose d’un recours subsidiaire et il doit s’en prévaloir avant de pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision de la Commission ».

[30] La LIPR et le Règlement fournissent une procédure permettant de réunir les familles lorsque l’un de ses membres est citoyen canadien ou résident permanent (membre canadien de la famille ou répondant canadien) et que l’autre est un étranger :

1. l’étranger peut demander la résidence permanente en tant que membre de la catégorie du regroupement familial (article 12 de la LIPR);

2. l’étranger appartient à la catégorie du regroupement familial s’il est l’époux ou un membre de la famille du répondant canadien (article 117 du Règlement);

3. the Canadian family member may sponsor the foreign national who is making the application for permanent residence as a member of the family class (section 120 of the Regulations);

4. the application for permanent residence cannot proceed to decision if the Canadian family member withdraws the sponsorship application (section 119 of the Regulations);

5. the Canadian family member may appeal a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa to the Immigration Appeal Division (section 63 of the IRPA).

[31] The effect of the provisions is to place the Canadian family sponsor in charge of the family class immigration applications. An applicant cannot proceed unless the Canadian family member sponsors the application. The application cannot continue if the Canadian family member withdraws the sponsorship. Under paragraph 72(2)(a), if there is a right to appeal, that appeal must be made by the Canadian family member who is the sponsor. In this legislative scheme, the Canadian family sponsor has the authority to effectively decide to initiate, continue or discontinue the family class application. The Canadian family sponsor also has the sole authority to appeal any decision concerning the family class application.

[32] Subsection 63(1) states that a sponsor may appeal “against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa.” The wording of this provision does not limit the Canadian family member’s appeal to sponsorship issues. It also includes the right of a Canadian sponsor member to appeal on issues that relate to the applicant’s application for a permanent resident visa as a member of the family class.

[33] Similarly, paragraph 72(2)(a) limiting an applicant’s access to judicial review refers to “any right of appeal”, which would include the right of appeal of the Canadian family sponsor.

3. le membre canadien de la famille peut parrainer un étranger qui demande la résidence permanente au titre de la catégorie du regroupement familial (article 120 du Règlement);

4. la demande de résidence permanente ne peut faire l’objet d’une décision si le membre canadien de la famille retire sa demande de parrainage (article 119 du Règlement);

5. le membre canadien de la famille peut interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent auprès de la Section d’appel de l’immigration (article 63 de la LIPR).

[31] Ces dispositions ont pour effet de placer le répondant canadien de la famille en charge des demandes d’immigration de la catégorie du regroupement familial. Un demandeur ne peut déposer de demande à moins qu’un membre canadien de sa famille ne parraine sa demande. Celle-ci ne peut pas être traitée si le membre canadien de la famille retire sa demande de parrainage. Selon l’alinéa 72(2)a), s’il y a un droit d’appel, cet appel doit être interjeté par le membre canadien de la famille qui agit comme répondant. Sous ce régime législatif, le répondant canadien de la famille a l’autorité de décider dans les faits d’introduire une demande dans la catégorie du regroupement familial, de la faire traiter ou d’y mettre fin. Le répondant canadien de la famille est également le seul à pouvoir interjeter appel d’une décision concernant la demande dans la catégorie du regroupement familial.

[32] Le paragraphe 63(1) prévoit que le répondant peut « interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent ». Le libellé de cette disposition ne limite pas les appels interjetés par le membre canadien de la famille aux questions de parrainage. Elle confère également au répondant canadien le droit d’interjeter appel sur des questions relatives à la demande de résidence permanente du demandeur dans la catégorie du regroupement familial.

[33] De même, l’alinéa 72(2)a), qui limite l’accès du demandeur au contrôle judiciaire, mentionne « les voies d’appel », ce qui comprend notamment le droit d’appel du répondant canadien de la famille.

[34] Thus, while it is true that the right to appeal only lies with the Canadian family sponsor and not an applicant, I conclude that any challenge to an immigration officer's decision must proceed by an appeal by the sponsor who is the Canadian citizen or permanent resident.

[35] I turn to the question of the adequacy of a Canadian family sponsor's appeal to the IAD as an alternative remedy. The IAD must decide on appeals in accordance with section 67 of the IRPA which specifies:

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

(a) the decision appealed is wrong in law or fact or mixed law and fact;

(b) a principle of natural justice has not been observed; or

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

[36] It is clear from the wording of subsection 63(1) that the IAD has ample scope to consider the issues that arise in this matter.

[37] Moreover, jurisprudence has consistently held that an appeal to the IAD is an appeal *de novo*. The IAD may consider all of the evidence that is adduced before it (*Mendoza v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 317 F.T.R. 118 (F.C.); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1673; *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 97 N.R. 349 (F.C.A.)). The IAD is not confined to the immediate issues arising on the officer's determination. The IAD may hear all the evidence relating to the application for permanent resident status as a member of the family class in the appeal.

[38] In *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, Chief Justice Lamer stated, at paragraph 37:

[34] Par conséquent, bien qu'il soit vrai que le droit d'appel n'est conféré qu'au répondant canadien de la famille et non au demandeur, je conclus que, pour contester la décision d'un agent d'immigration, il faut passer par un appel du répondant, qui est citoyen ou résident permanent du Canada.

[35] Je me pencherai maintenant sur la question de savoir si l'appel interjeté par le répondant canadien de la famille auprès de la SAI constitue un autre recours approprié. La SAI doit trancher les appels conformément à l'article 67 de la LIPR, lequel dispose ceci :

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

a) la décision attaquée est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;

b) il y a eu manquement à un principe de justice naturelle;

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

[36] Il ressort clairement du libellé du paragraphe 63(1) que la SAI a amplement compétence pour examiner les questions soulevées en l'espèce.

[37] En outre, la jurisprudence a constamment conclu qu'un appel interjeté devant la SAI est un appel *de novo*. La SAI peut prendre en considération toute la preuve dont elle est saisie (voir *Mendoza c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 934; *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1673; *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] A.C.F. n° 104 (C.A.) (QL)). La SAI n'est pas confinée aux questions précises résultant de la décision de l'agent. La SAI peut entendre en appel toute la preuve relative à la demande de résidence permanente présentée au titre de la catégorie du regroupement familial.

[38] Dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer a déclaré, au paragraphe 37 :

On the basis of the above, I conclude that a variety of factors should be considered by courts in determining whether they should enter into judicial review, or alternatively should require an applicant to proceed through a statutory appeal procedure. These factors include: the convenience of the alternative remedy, the nature of the error, and the nature of the appellate body (i.e., its investigatory, decision-making and remedial capacities). I do not believe that the category of factors should be closed, as it is for courts in particular circumstances to isolate and balance the factors which are relevant. [Underlining added.]

[39] The appeal to the IAD is convenient in that it is readily available to the Canadian family member and is a process available to examine the issues *de novo*. The issues the applicant wishes to raise go beyond the officer's decision to deny permanent residence due to a failure to attend for an examination. The IAD appeal is capable of considering the range of issues arising from the refusal to grant a permanent resident visa given its statutory mandate and its ability to hear the matter *de novo*. Finally, the IAD has the capacity to grant the remedy sought if appropriate as opposed to the more limited remedies available on judicial review.

[40] I find that an applicant has an alternative remedy available to him through an appeal by the Canadian family sponsor. I would apply the same reasoning as Justice Dawson did in *Sidhu*, at paragraphs 31–34, to the situation where an applicant for a permanent resident visa as a member of the family class must proceed by way of a paragraph 72(2)(a) appeal by the applicant's sponsor.

[41] The wording of paragraph 72(2)(a) does not prohibit outright an application for judicial review. Rather, it defers any judicial review “until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted”. Since the right of appeal is broad in scope, I consider the prohibition to apply to any application for judicial review on the same matter until the appeal process is completed. Any application for judicial review would

Me fondant sur ce qui précède, je conclus que les cours de justice doivent considérer divers facteurs pour déterminer si elles doivent entreprendre le contrôle judiciaire ou si elles devraient plutôt exiger que le requérant se prévale d'une procédure d'appel prescrite par la loi. Parmi ces facteurs figurent: la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur et la nature de la juridiction d'appel (c.-à-d. sa capacité de mener une enquête, de rendre une décision et d'offrir un redressement). Je ne crois pas qu'il faille limiter la liste des facteurs à prendre en considération, car il appartient aux cours de justice, dans des circonstances particulières, de cerner et de soulever les facteurs pertinents. [Non souligné dans l'original.]

[39] L'appel auprès de la SAI est pratique dans la mesure où il est facilement accessible au membre canadien de la famille et que le processus permet d'examiner les questions *de novo*. Les questions que le demandeur souhaite soulever vont plus loin que le refus par l'agent d'accorder la résidence permanente parce que le demandeur ne s'est pas présenté à l'entrevue. L'appel auprès de la SAI permet également l'examen de toutes les questions découlant du refus d'accorder la résidence permanente étant donné le mandat que confère la loi à la SAI et la capacité de celle-ci d'entendre une affaire *de novo*. Enfin, la SAI a la capacité d'accorder la réparation demandée si elle convient, alors que le contrôle judiciaire n'entraîne que des réparations plus limitées.

[40] J'estime que le demandeur dispose d'un autre recours, soit l'appel interjeté par le répondant canadien de la famille. J'appliquerais le même raisonnement qu'a appliqué le juge Dawson dans la décision *Sidhu*, aux paragraphes 31 à 34, c'est-à-dire que le demandeur d'un visa de résident permanent appartenant à la catégorie du regroupement familial est assujéti à l'alinéa 72(2)a) et qu'il doit interjeter appel par l'intermédiaire de son répondant.

[41] Le libellé de l'alinéa 72(2)a) n'interdit pas expressément la demande de contrôle judiciaire. Il la diffère plutôt, « tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées ». Puisque l'expression « voies d'appel » a une large portée, j'estime que l'interdiction s'applique aux demandes de contrôle judiciaire portant sur la même question, jusqu'à ce que le processus d'appel soit terminé. Toute demande de contrôle judiciaire serait

necessarily proceed in the context of the aftermath of an IAD appeal decision.

nécessairement déposée à la suite d'une décision en appel de la SAI.

CONCLUSION

[42] The applicant has an adequate alternate remedy through his sponsor's right of appeal to the IAD. I conclude that the applicant is barred from proceeding with any application for judicial review by paragraph 72(2)(a) of the IRPA until his sponsor's right to appeal is exhausted.

CONCLUSION

[42] Le demandeur dispose d'un autre recours approprié, c'est-à-dire le droit d'appel auprès de la SAI de sa répondante. Je conclus qu'il est interdit au demandeur de déposer une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 72(2)a) de la LIPR jusqu'à ce que les voies d'appel de sa répondante soient épuisées.

[43] Deciding as I have to dismiss the application for judicial review on the grounds that it is statutorily barred by paragraph 72(2)(a) of the IRPA, I need not address the remaining questions relating to the officer's decision.

[43] Puisque j'ai décidé de rejeter la demande de contrôle judiciaire au motif que l'alinéa 72(2)a) de la LIPR l'interdit, je n'ai pas besoin de répondre aux autres questions relatives à la décision de l'agent.

[44] The applicant proposes the following questions be certified:

[44] Le demandeur propose que les questions suivantes soient certifiées :

[TRANSLATION]

1. Does section 72 of the IRPA bar an application for judicial review by the applicant of a spousal application, while the sponsor exercises a right of appeal pursuant to section 63 of IRPA?

1. L'article 72 de la LIPR interdit-il toute demande de contrôle judiciaire présentée par la personne ayant déposé une demande pour conjoint pendant que le répondant exerce un droit d'appel en vertu de l'article 63 de la LIPR?

2. (a) On a spousal application do sections 11 and 16 of IRPA require a personal physical interview, at a visa office abroad in general? And

2. a) Dans le cadre d'une demande pour conjoint, les articles 11 et 16 de la LIPR requièrent-ils en général une entrevue personnelle sur place, dans un bureau des visas à l'étranger? et

(b) If yes to 2(a), do sections 11 and 16 require such an interview of an Applicant who is a refugee claimant whose claim has not been finally determined?

b) En cas de réponse affirmative à la question 2a), les articles 11 et 16 requièrent-ils une telle entrevue pour un demandeur qui est un demandeur d'asile dont la demande d'asile n'a pas été tranchée définitivement?

[45] The first question, the effect of paragraph 72(2)(a) of the IRPA on an applicant where the sponsor holds the right of appeal, has not been considered by the Federal Court of Appeal. In the case at hand, the respondent's initial motion to dismiss the application for judicial review was rejected by the Court which ordered the application to proceed to judicial review. At the judicial review, the respondent renewed its submissions for dismissal on paragraph 72(2)(a) grounds and I have given effect to those submissions.

[45] La Cour d'appel fédérale ne s'est jamais penchée sur la première question, soit l'effet de l'alinéa 72(2)a) de la LIPR sur un demandeur dont le répondant détient le droit d'appel. En l'espèce, la première requête du défendeur visant à faire rejeter la demande de contrôle judiciaire a été rejetée par la Cour, laquelle a ordonné que la demande de contrôle judiciaire soit entendue. Lors du contrôle judiciaire, le défendeur a répété ses observations dans lesquelles il invoquait l'alinéa 72(2)a) pour faire rejeter la demande et j'ai donné effet à ces observations.

[46] Since this question has not been decided on by a higher court and the immigration scheme would benefit from some clarity on the issue, I consider it appropriate to certify the question as one of general importance.

[47] The second question proposed by the applicant, concerning a personal physical interview, engages a question where an immigration officer has a degree of discretion. I do not consider this question or the subsequent question to be appropriate for certification.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. A question on the effect of paragraph 72(2)(a) is certified:

Does section 72 of the IRPA bar an application for judicial review by the applicant of a spousal application, while the sponsor exercises a right of appeal pursuant to section 63 of the IRPA?

3. I make no order for costs.

[46] Puisque cette question n'a pas été tranchée par un tribunal plus élevé et puisque le régime d'immigration bénéficierait d'un éclaircissement sur la question, j'estime qu'il convient de certifier la question comme étant de portée générale.

[47] La seconde question proposée par le demandeur, au sujet de l'entrevue personnelle sur place, porte sur un domaine où l'agent d'immigration a un certain pouvoir discrétionnaire. Je ne crois pas qu'il convienne de certifier cette question ou la question subséquente.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Une question sur l'effet de l'alinéa 72(2)a) est certifiée :

L'article 72 de la LIPR interdit-il toute demande de contrôle judiciaire présentée par la personne ayant déposé une demande pour conjoint pendant que le répondant exerce un droit d'appel en vertu de l'article 63 de la LIPR?

3. Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

A-191-06
2008 FCA 399

A-191-06
2008 CAF 399

**Kent Trade and Finance Inc. and Praxis Energy Agents
S.A. and CP3500 International Ltd. (*Appellants*)**

**Kent Trade and Finance Inc. et Praxis Energy Agents
S.A. et CP3500 International Ltd. (*appelantes*)**

v.

c.

**JPMorgan Chase Bank and J.P. Morgan Europe Ltd.
(*Respondents*)**

**JPMorgan Chase Bank et J.P. Morgan Europe Ltd.
(*intimées*)**

**INDEXED AS: JPMORGAN CHASE BANK v. LANNER (THE)
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : JPMORGAN CHASE BANK c. LANNER (LE)
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Pelletier and
Ryer J.J.A.—Ottawa, October 8 and December 12,
2008.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges
Pelletier et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 8 octobre et
12 décembre 2008.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Appellants, non-U.S. corporations, suppliers of necessities to foreign vessel in foreign ports — Two contracts expressly subject to U.S. law — Third containing arbitration clause providing law of State of Washington to govern — Ranking of creditors for distribution of proceeds of judicial sale of vessel — Whether appellants entitled to maritime liens under U.S. Commercial Instruments and Maritime Liens Act or statutory right in rem under Canadian law — Nature of maritime liens reviewed — Conflict of laws rules reviewed — Divergence of opinion in U.S. District Courts, Circuit Courts of Appeal as to whether maritime lien established in circumstances — Majority herein applying latest expression of law from U.S. appellate court; granting maritime liens to appellants — Pelletier J.A. (dissenting) holding foreign law not proved; applying Canadian law which does not recognize maritime liens for supplies of necessities to vessel.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Les appelantes, des sociétés constituées à l'extérieur des É.-U., ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger — Deux contrats étaient expressément assujettis au droit américain — Le troisième contrat contenait une clause d'arbitrage stipulant que les lois de l'État de Washington s'appliquaient — Ordre de priorité des réclamations en vue de la distribution du produit de la vente en justice d'un navire — Il s'agissait de savoir si les appelantes avaient droit à un privilège maritime en vertu de la Commercial Instruments and Maritime Liens Act des États-Unis ou à un droit réel d'origine législative en droit canadien — Examen de la nature des privilèges maritimes — Examen des règles en matière de conflits de lois — Divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime était constitué dans les circonstances — En l'espèce, la majorité a appliqué l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine et a accordé un privilège maritime aux appelantes — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident), a statué que la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie; il a appliqué le droit canadien qui ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Conflict of Laws — Appellants, non-U.S. corporations, suppliers of necessities to foreign vessel in foreign ports — Two contracts expressly subject to U.S. law — Third containing arbitration clause providing law of State of Washington to govern — Whether should be granted maritime liens under U.S. law or statutory right in rem under Canadian law — Common law choice of law rules providing choice of law expressed or implied in contract normally governs — However, substantive law of jurisdiction strongly connected to

Conflit de lois — Les appelantes, des sociétés constituées à l'extérieur des É.-U., ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger — Deux contrats étaient expressément assujettis au droit américain — Le troisième contrat contenait une clause d'arbitrage stipulant que les lois de l'État de Washington s'appliquaient — Il s'agissait de savoir s'il fallait accorder un privilège maritime en vertu de la loi américaine ou un droit réel d'origine législative en droit canadien — Les règles

maritime transaction may govern — Proper law of two of contracts American law — Based on arbitration clause in third contract, American law proper law of contract — Majority applying latest statement of law from U.S. appellate court — Pelletier J.A. (dissenting) holding proof of foreign law failed since vessel not arrested within jurisdiction of circuit court which has pronounced itself on issue, not binding U.S. Supreme Court decision on issue — Canadian law not recognizing maritime lien for supply of necessaries to vessel.

This was an appeal from a Federal Court assessment of the entitlement of various claims to the proceeds of the judicial sale of a Liberian-flagged vessel, the *Lanner*, arrested and sold in Halifax at the request of the respondent mortgagees.

The appellant Kent Trade, a British Virgin Islands (BVI) corporation, supplied fuel oil to the vessel in Spain and in Canada. The terms and conditions of sale provided that the agreement was subject to the laws of the United States. The appellant Praxis Energy Agents S.A., also a BVI corporation, supplied the vessel with bunker fuel in Trinidad. The supply contract provided that United States law would govern. CP3500 International Ltd., a Cypriot corporation, provided combustion catalysts to the vessel in Singapore. The terms and conditions of sale included an arbitration clause which provided that the law of the State of Washington would govern. The ranking of claims to the proceeds of a ship's sale is decided by the law of the forum. Under U.S. law a supplier of necessaries is afforded a maritime lien under the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*. Under Canadian law, a supplier of necessaries is accorded a statutory right *in rem* which ranks below a mortgage, which itself is outranked by any maritime liens. The Federal Court found that the appellants only had statutory rights *in rem*.

The issue was whether the suppliers of necessaries to the vessel should be granted maritime liens which would be ranked in priority over the respondents' mortgage claim.

de la common law sur le choix de la loi applicable prévoient que le choix de la loi est habituellement celui qui est choisi expressément ou implicitement dans le contrat — Cependant, lorsqu'il existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, les règles de droit substantiel peuvent s'appliquer — La loi américaine s'appliquait à deux contrats — Selon la clause d'arbitrage énoncée dans le troisième contrat, la loi américaine s'appliquait — La majorité a appliqué l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident), a statué que la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie parce que le navire n'a pas été saisi dans les limites de la cour de circuit qui s'était prononcée sur la question et qu'aucune décision de la Cour suprême des É.-U. sur la question n'avait force obligatoire — Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale s'est prononcée sur le droit de divers créanciers au produit de la vente en justice du *Lanner*, un navire qui battait pavillon libérien, qui a été saisi et vendu à Halifax à la demande des créancières hypothécaires intimées.

L'appelante Kent Trade, une société des îles Vierges britanniques, a fourni du carburant au navire en Espagne et au Canada. Le contrat de vente stipulait que le contrat était régi par les lois des États-Unis. L'appelante Praxis Energy Agents S.A., une autre société des îles Vierges britanniques, a fourni du combustible de soute au navire à Trinidad. Le contrat de fourniture stipulait que le contrat était régi par les lois des États-Unis. CP3500 International Ltd., une société chypriote, a fourni des catalyseurs de combustion au navire à Singapour. Le contrat de vente contenait une clause d'arbitrage qui disposait que les lois de l'État de Washington étaient applicables. L'ordre de priorité des réclamations formulées à l'égard du produit de la vente d'un navire est établi selon la loi du for. En droit américain, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires se voit reconnaître un privilège maritime aux termes de la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*. En droit canadien, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires ne peut invoquer qu'un droit réel d'origine législative qui vient après la réclamation du créancier hypothécaire, laquelle prend rang après tout privilège maritime. La Cour fédérale a conclu que les appelantes détenaient seulement un droit réel d'origine législative.

La question en litige était celle de savoir si les fournisseurs des approvisionnements nécessaires du navire devraient se voir accorder un privilège maritime prenant rang avant l'hypothèque des intimées.

Held (Pelletier J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Richard C.J. (Ryer J.A. concurring): Whenever a Canadian court is asked to apply the substantive law of a foreign jurisdiction, it must apply a “choice of law” analysis using Canadian conflict of laws rules. Absent a statutory and/or treaty provision directing the forum to apply a particular choice of law rule, Canadian common law conflict of laws rules will apply in a proceeding where a court is asked to apply foreign law. The first step in a choice of law analysis is the determination of the legal nature of the questions or issues to be adjudicated. The court must then determine what choice of law rule applies to that particular category and finally apply the appropriate jurisdiction’s law to the issue. In general, foreign law must be specifically pleaded and proved to the satisfaction of the court. Otherwise the court will apply the law of the forum.

Prior to characterizing the issue, the nature of maritime liens was reviewed. While a maritime lien is an *in rem* right arising by operation of law, rather than from tort or contract, the choice of law clause in the supply contracts should generally govern maritime transactions, including the rights which may arise from those transactions. The Supreme Court of Canada has suggested that the principles of comity, order and fairness should guide the determination of conflict of laws issues. While the principles of comity and fairness will often be equivocal in the case of maritime transactions, which may involve a multitude of jurisdictions, giving greater weight to proper law of the supply contract would pay respect to the notion of “order”. This would encourage certainty and predictability in maritime transactions of a jurisdictionally diverse character.

The common law contractual choice of law rules provide that where there is an express or implied choice of law by the parties to the contract, this law will normally govern the contract and legal rights and obligations generated by the contract. However, as maritime liens are extra-contractual rights the possibility exists that where a maritime transaction is so strongly connected to a jurisdiction, this jurisdiction’s substantive law, rather than the choice of law clause in the contract, should govern the transaction.

In assessing the proper law to apply to the transactions at issue, the Federal Court found that the choice of law in the contracts did not dictate that American law applied due to

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident) : l’appel doit être accueilli.

Selon le juge en chef Richard (le juge Ryer, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Chaque fois qu’un tribunal canadien est appelé à appliquer les règles de droit substantiel d’un État étranger, il doit procéder à une analyse du « choix du droit » en recourant aux règles canadiennes en matière de conflits de lois. À défaut de disposition dans une loi ou un traité qui oblige le tribunal à appliquer une règle de droit déterminée, ce sont les règles canadiennes de la common law en matière de conflits de lois qui s’appliquent dans l’instance dans laquelle le tribunal est appelé à appliquer des règles de droit étranger. La première étape d’une telle analyse consiste à déterminer la nature juridique des questions à trancher. Le tribunal doit ensuite déterminer quelle règle en matière de choix du droit applicable s’applique à cette catégorie précise et, enfin, appliquer les lois du pays pertinent à la question en cause. En principe, le droit étranger doit être expressément plaidé et prouvé à la satisfaction du tribunal sinon le tribunal appliquera la loi du for.

Avant de qualifier la question en litige, la nature des privilèges maritimes a été examinée. Même si le privilège maritime est un droit réel qui naît de l’application de la loi plutôt que d’un contrat ou d’un délit, la clause sur le choix du droit applicable contenue dans le contrat d’approvisionnement devrait en principe régir les transactions maritimes, y compris les droits découlant de ces transactions. La Cour suprême du Canada a donné à penser que les principes de courtoisie, d’ordre et d’équité devraient servir de guide pour trancher les questions de conflits de lois. Bien que les principes de courtoisie et d’équité soient souvent équivoques dans le cas de transactions maritimes, qui peuvent mettre en présence une multitude de pays, le fait d’accorder une plus grande importance au choix de la loi applicable prévu au contrat d’approvisionnement rendrait hommage à la notion d’« ordre », ce qui favoriserait la stabilité et l’uniformité dans le cas de transactions maritimes ressortissant à divers pays.

Les règles de la common law sur le choix contractuel de la loi applicable prévoient que lorsque les parties ont choisi expressément ou implicitement le droit applicable, ces règles de droit régiront normalement tant le contrat que les droits et obligations créés par le contrat. Cependant, comme les privilèges maritimes sont des droits extracontractuels, il se peut que, lorsqu’il existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, ce sont les règles de droit substantiel de ce pays et non celles prévues par la clause sur le choix de la loi du contrat qui devraient régir la transaction.

Pour déterminer la loi applicable aux transactions en cause, la Cour fédérale a statué que le choix de la loi effectué dans les contrats n’emportait pas application du droit

insufficient evidence that the vessel's owner was personally liable under this contract. The Federal Court made a palpable and overriding error in holding that a contractual link between the appellants and the vessel's owner was not established by the evidence. The management agreement and invoices established a contractual link between the vessel's owner and the appellants. Therefore, even if personal liability of the ship owner is a necessary element of the choice of law rule, the proper law of the Kent Trade and Praxis contracts, based on choice of law rules, was American law. As to the CP3500 contract, even where an arbitration clause only selects the forum of the arbitration, British and Canadian courts normally take this clause as indicative of the proper law of the contract. The proper law of the CP3500 supply contract was American law.

There were no other factors indicating another jurisdiction had a closer or more substantial connection to the maritime transactions at hand. Therefore American law was the appropriate law to apply.

The Federal Court held that American law would not grant maritime liens in the circumstances. It was not necessary to determine the appropriate standard of review of a decision determining the content of foreign law since fresh evidence was admitted prior to the appeal. Apparently there is a divergence in the U.S. District Courts and Circuit Courts of Appeal as to whether a maritime lien would be established where a non-U.S. supplier has provided necessities to a foreign vessel in a foreign port. Based on the affidavits and exhibits presented, the latest expression of the law from a U.S. appellate court recognized a maritime lien for necessities where, under a supply contract governed by U.S. law, a foreign supplier provides goods or services to foreign vessels in a foreign port. Even though this decision is not binding on other circuits, the appellants proved to the Court's satisfaction that they each have a maritime lien against the *Lanner*.

Per Pelletier J.A. (dissenting): There were two issues herein: what is the effect to be given to the choice of law clause which appears in a different form in each of the contracts and what is the effect to be given to the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*?

américain en raison de l'insuffisance d'éléments de preuve tendant à démontrer que le propriétaire du navire avait engagé sa responsabilité personnelle aux termes de ce contrat. La Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la preuve n'établissait pas l'existence d'un lien contractuel entre les appelantes et le propriétaire du navire. L'entente de gestion et les factures établissaient un lien contractuel entre le propriétaire du navire et les appelantes. Ainsi, même si la responsabilité personnelle du propriétaire du navire constitue un élément nécessaire de la règle relative au choix du droit applicable, il n'en demeure pas moins que, selon les règles sur le choix du droit applicable, c'était le droit américain qui s'appliquait. S'agissant du contrat de CP3500, même lorsqu'une clause d'arbitrage ne désigne que le pays de l'arbitrage, les tribunaux britanniques et canadiens interprètent habituellement cette clause comme une indication de la loi applicable au contrat. La loi qui s'appliquait au contrat d'approvisionnement de CP3500 était la loi américaine.

Il n'existait pas d'autres facteurs qui indiquaient qu'il y avait un autre pays ayant des liens plus étroits ou plus importants avec les transactions maritimes en cause. En conséquence, c'était la loi américaine qui s'appliquait en l'espèce.

La Cour fédérale a statué que le droit américain ne reconnaît aucun privilège maritime dans les circonstances. Il n'était pas nécessaire d'établir la norme de contrôle à appliquer à une décision qui a défini le contenu du droit étranger puisque de nouveaux éléments de preuve ont été soumis avant l'appel. Il semble qu'il existe une divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime serait constitué lorsqu'un fournisseur, qui n'est pas américain, a fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger. Selon les affidavits et les pièces qui ont été soumis, l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine a reconnu l'existence d'un privilège maritime pour les approvisionnements nécessaires lorsqu'aux termes d'un contrat d'approvisionnement régi par la loi américaine, un fournisseur étranger fournit des biens ou des services à un navire étranger dans un port étranger. Même si cette décision n'a pas force obligatoire sur les autres cours de circuits, les appelantes ont convaincu la Cour qu'elles possèdent chacune un privilège maritime à l'égard du *Lanner*.

Selon le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : Il y avait deux questions en litige en l'espèce : soit celle de savoir quel est l'effet qu'il convient de donner à la clause sur le choix du droit applicable qui apparaît sous une forme différente dans chacun des contrats en question et celle de savoir quel est l'effet à donner à la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*.

Assuming that the interpretation of the contracts in question is subject to United States law, and that the proper construction of the contracts brings the Act into play, it remains that the application of the Act is a function of the U.S. Court of Appeals circuit in which a vessel is arrested and sold, with differing results. The Ninth Circuit has ruled one way and the Eleventh has ruled another. Since the decision of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals does not overrule the decision of another circuit of the same court, both decisions are good law within the geographical limits of the circuit in which they were decided. The U.S. Supreme Court has not yet considered this question so that there is no decision binding on all U.S. courts on this question. Since the *Lanner* was arrested and sold outside the United States, there was no basis for preferring the case law of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals over another. The state of the law depends on a fact which is absent here, namely the presence of the arrested vessel in a port within the geographical jurisdiction of one or the other of the circuits of the United States Court of Appeals. If they wished to take the benefit of the Act, the parties could have stipulated the place at which U.S. law was to be determined. Therefore the proof of foreign law failed. Where there is no proof of foreign law, the *lex fori*, law of Canada applies. The law of Canada does not recognize a maritime lien for the supply of necessaries to a vessel. The claims of Kent Trade and Finance Ltd. And Praxis Energy Agents S.A. to priority over the claims of the ship's mortgagees should be dismissed. However CP3500 International Ltd.'s appeal should be allowed since its arbitration clause stipulates the law of the State of Washington governs. Since Washington is in the Ninth Circuit, the law to be applied would be the interpretation of the Act adopted by the Ninth Circuit of the U.S. Federal Court of Appeals in *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*

Si l'on suppose que l'interprétation des contrats en question est assujettie au droit américain et que l'interprétation qu'il convient de donner aux contrats fait entrer la Loi en jeu, il n'en demeure pas moins que l'application de la Loi est du ressort de la Cour d'appel des États-Unis dans le circuit où la saisie et la vente du navire ont lieu, avec des résultats différents. Le neuvième circuit a statué dans un sens et le onzième circuit a statué dans un autre. Comme la décision rendue par un seul circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis n'a pas pour effet d'infirmer la décision rendue par un autre circuit de la même cour, les deux décisions sont valides dans les limites géographiques du ressort dans lequel elles ont été rendues. Comme la Cour suprême des États-Unis ne s'est pas encore penchée sur la question, il n'existe pas de décision sur la question liant l'ensemble des tribunaux américains. Comme le *Lanner* a été saisi et vendu à l'extérieur des États-Unis, rien ne justifiait de préférer la jurisprudence d'un circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis à celle d'un autre. L'état du droit dépend d'un fait qui était absent en l'espèce, en l'occurrence la présence du navire saisi dans un port situé dans le ressort des circuits de la Cour d'appel fédérale des États-Unis. Pour se prévaloir de la Loi, les parties auraient pu préciser le lieu où la loi américaine devait s'appliquer. En conséquence, la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie. Lorsque le droit étranger n'a pas été prouvé, c'est la *lex fori*, le droit canadien, qui s'applique. Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire. Les réclamations présentées par Kent Trade and Finance Ltd. et par Praxis Energy Agents S.A. en vue d'avoir préséance sur les réclamations des créancières hypothécaires du navire devraient être rejetées. Cependant, l'appel de CP3500 International Ltd. devrait être accueilli parce que sa clause d'arbitrage prévoit un arbitrage selon les lois de l'État de Washington. Comme l'État de Washington se trouve dans le neuvième circuit, le droit à appliquer est celui énoncé par le neuvième circuit de la Cour d'appel des États-Unis dans l'arrêt *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(m) (as am. *idem*, s. 31), 43(3) (as am. *idem*, s. 40).
Ship Mortgage Act, 41 Stat. 1000 (1920).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)m) (mod., *idem*, art. 31), 43(3) (mod., *idem*, art. 40).
Ship Mortgage Act, 41 Stat. 1000 (1920).

CASES CITED

APPLIED:

Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al., 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008); petition for a writ of *certiorari* denied by U.S. Sup. Ct., December 1, 2008.

CONSIDERED:

Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc., [2002] 3 F.C. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182; 2001 FCA 391; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 2001 SCC 90; *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737; *General Medical Council v. Meadow*, [2006] EWCA Civ 1390; *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988); *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007); *Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116; (1996), 84 B.C.A.C. 8; 26 B.C.L.R. (3d) 143 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A., [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801; (2007), 284 D.L.R. (4th) 577; 34 B.L.R. (4th) 155; 2007 SCC 34; *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245 (T.D.); affd (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002); *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 2002 SCC 78; *Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286; (1972), 34 D.L.R. (3d) 339; *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2002] 4 F.C. 80; (2002), 288 N.R. 96; 2002 FCA 97; *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443; (1967), 62 D.L.R. (2d) 138; [1967] I.L.R. 180; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.); *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289; (1993), 109 D.L.R. (4th) 16; [1994] 1 W.W.R. 129; *Bumper Development Corp. Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638 (C.A.); *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666; 2007

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al., 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008); la requête en bref de *certiorari* a été rejetée par la Cour suprême des États-Unis le 1^{er} décembre 2008.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc., [2002] 3 C.F. 190; 2001 CAF 391; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737; *General Medical Council v. Meadow*, [2006] EWCA Civ 1390; *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988); *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007); *Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116; (1996), 84 B.C.A.C. 8; 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.C.-B.).

DÉCISIONS CITÉES :

Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A., [1974] R.C.S. 1248; *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801; 2007 CSC 34; *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245 (1^{re} inst); conf. par [1992] A.C.F. n^o 1085 (C.A.) (QL); (1992), 150 N.R. 149 (C.A.); *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002); *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78; *Drew Brown Ltd. c. The «Orient Trader»*, [1974] R.C.S. 1286; *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2002] 4 C.F. 80; 2002 CAF 97; *Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.); *Hunt. c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Bumper Development Corp. Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638 (C.A.); *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666; 2007 ONCA 904; *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506; *Breen v. Breen*, [1961] 3 All E.R. 225.

ONCA 904; *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506;
Breen v. Breen, [1961] 3 All E.R. 225.

AUTHORS CITED

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 14th ed. Vol. 1. London: Sweet & Maxwell, 2006.
 Tetley, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 2002.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1998.
 Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. looseleaf. Vol. 1. Markham, Ont.: LexisNexis/Butterworths, 2005.

APPEAL from the Federal Court's decision ([2007] 1 F.C.R. 289; (2006), 289 F.T.R. 165; 2006 FC 409; revg in part *sub nom. JP Morgan Chase Bank v. Mystras Maritime Corp.* (2005), 275 F.T.R. 159; 2005 FC 864) that U.S. law did not apply to give maritime liens to the appellants, non-U.S. suppliers of necessities to a foreign ship in foreign ports arrested and sold in Canada. Appeal allowed (Pelletier J.A. dissenting).

APPEARANCES

Peter G. Pamel and Jean-Marie Fontaine for appellants.
James E. Gould, Q.C., for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for appellants.
McInnes Cooper, Halifax, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] RICHARD C.J.: This is an appeal from the decision of Gauthier J. [[2007] 1 F.C.R. 289 (F.C.)] (the priorities appeal Judge) which assessed the entitlement of various claims to the proceeds of the judicial sale of a ship, the *Lanner* (the vessel). This decision was itself an appeal of the priorities hearing before Morneau P. [*sub nom. JP Morgan Chase Bank v. Mystras Maritime Corp.*

DOCTRINE CITÉE

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 14^e éd., vol. 1. Londres : Sweet & Maxwell, 2006.
 Tetley, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2002.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998.
 Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd., feuilles mobiles, vol. 1. Markham, Ont. : LexisNexis/Butterworths, 2005.

APPEL d'une décision ([2007] 1 R.C.F. 289; 2006 CF 409; infirmant en partie *sub nom. JP Morgan Chase Bank c. Mystras Maritime Corp.*, 2005 CF 864) par laquelle la Cour fédérale a statué que la loi américaine ne s'appliquait pas de façon à accorder un privilège maritime aux appelantes, sociétés constituées à l'extérieur des États-Unis qui ont fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger qui a été saisi et vendu au Canada. Appel accueilli (juge Pelletier, J.C.A., dissident).

ONT COMPARU

Peter G. Pamel et Jean-Marie Fontaine pour les appelantes.
James E. Gould, c.r., pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Borden Ladner Gervais s.r.l., Montréal, pour les appelantes.
McInnes Cooper, Halifax, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE EN CHEF RICHARD : La Cour est saisie de l'appel d'une décision par laquelle la juge Gauthier [[2007] 1 R.C.F. 289 (C.F.)] (la juge qui a statué sur l'appel relatif à l'ordre de priorité) s'est prononcée sur le droit de divers créanciers au produit de la vente en justice d'un navire, le *Lanner* (le navire). Cette décision avait elle-même été rendue à la suite de l'appel interjeté

(2005), 275 F.T.R. 159 (F.C.)) who held that the claim of the vessel's mortgagee prevailed over the claims of various necessities suppliers.

[2] The issue in this case is whether the appellants, which are suppliers of necessities to the vessel, should be granted maritime liens which would rank in priority over the mortgage claim held by the respondent mortgagees.

Background

[3] The facts in this appeal are uncontroverted.

[4] At the request of the respondent mortgagees, JPMorgan Chase Bank and J.P. Morgan Europe Ltd., the Liberian-flagged vessel was arrested in Halifax and sold by the Federal Court in an admiralty action *in rem*. At all times relevant to the claims of the appellants, the vessel was owned by a Liberian corporation, Mystras Maritime Corporation and was managed by Arrow Co. Ltd. (Arrow) of Greece.

The Four Claims

Kent Trade and Finance Inc. – Cartagena

[5] The appellant, Kent Trade and Finance Inc. (Kent Trade), incorporated under the laws of the British Virgin Islands, supplied fuel oil to the vessel at the port of Cartagena, Spain via an unknown supplier. Kent Trade also supplied fuel oil to the vessel while docked in Halifax, Nova Scotia via a Canadian supplier. The total amount of Kent Trade's claim for fuel provision is C\$415 688.70. In the terms and conditions of sale, the following provision was included:

à l'encontre de l'ordonnance rendue par le protonotaire Morneau [*sub nom. JP Morgan Chase Bank c. Mystras Maritime Corp.*, 2005 CF 864] qui, à l'issue d'une audience portant sur l'ordre de priorité des créances, avait jugé que la réclamation de la créancière hypothécaire du navire l'emportait sur celles des divers fournisseurs d'approvisionnements nécessaires.

[2] La question en litige dans le cas qui nous occupe est celle de savoir si les appelantes, qui sont des fournisseurs des approvisionnements nécessaires du navire, devraient se voir accorder un privilège maritime prenant rang avant l'hypothèque des créancières hypothécaires intimées.

Contexte

[3] Les faits du présent appel ne sont pas contredits.

[4] À la demande des créancières hypothécaires intimées, JPMorgan Chase Bank et J.P. Morgan Europe Ltd., le navire, qui battait pavillon libérien, a été saisi à Halifax et a été vendu par la Cour fédérale dans le cadre d'une action *in rem* en matière d'amirauté. À l'époque des faits se rapportant aux réclamations des appelantes, le navire appartenait à une société du Libéria, Mystras Maritime Corporation, et était géré par une société grecque, Arrow Co. Ltd. (Arrow).

Les quatre réclamations

Kent Trade and Finance Inc. – Carthagène

[5] L'appelante, Kent Trade and Finance Inc. (Kent Trade), qui a été constituée en personne morale sous le régime des lois des Îles Vierges britanniques, a fourni du carburant au navire au port de Carthagène, en Espagne, par l'intermédiaire d'un fournisseur dont l'identité n'a pas été précisée. Kent Trade a également approvisionné le navire en carburant alors qu'il était amarré à Halifax, en Nouvelle-Écosse, par le truchement d'un fournisseur canadien. La facture totale de carburant fourni par Kent Trade s'élevait à 415 688,70 \$CAN. Le contrat de vente comportait la stipulation suivante :

This agreement is subject to the laws of the United States of America.

[TRADUCTION] Le présent contrat est régi par les lois des États-Unis d'Amérique.

Praxis Energy Agents S.A.

Praxis Energy Agents S.A.

[6] The second appellant, Praxis Energy Agents S.A. (Praxis), is also a British Virgin Islands corporation. Through an English company, Praxis supplied the vessel with bunker fuel at the port of Pointe à Pierre, Trinidad. The amount of the claim is C\$225 599.23. The supply contract included the following clause:

[6] La deuxième appelante, Praxis Energy Agents S.A. (Praxis), est également une société des Îles Vierges britanniques. Par l'intermédiaire d'une société anglaise, Praxis a fourni du combustible de soute au navire au port de Pointe à Pierre, à Trinidad. Sa réclamation se chiffre à 225 599,23 \$CAN. Le contrat de fourniture comprenait la clause suivante :

APPLICABLE LAW The Law governing any and all disputes and all other matters/issues between the Company and the Buyer and/or the Vessel shall be the U.S.A. Law. Such Law shall also govern, but without limitation, all issues concerning the enforcement and the application and status of maritime liens.

[TRADUCTION] LOIS APPLICABLES — Les différends ainsi que toutes les questions pouvant se poser entre la société et l'acheteur et/ou le navire seront régis par les lois des États-Unis, qui régiront également, sans réserve aucune, toutes les questions se rapportant à l'application et à l'exécution des privilèges maritimes.

CP3500 International Ltd.

CP3500 International Ltd.

[7] The final claim at issue in this appeal is asserted by CP3500 International Ltd. (CP3500), incorporated under the laws of Cyprus. CP3500 arranged for a Singaporean supplier to provide combustion catalysts to the vessel while in Singapore in the amount of C\$6 257.25. The terms and conditions of sale included the following arbitration clause:

[7] La dernière réclamation en litige dans le présent appel est celle que fait valoir CP3500 International Ltd. (CP3500), qui a été constituée en personne morale sous le régime des lois de Chypre. CP3500 a fait le nécessaire pour qu'un fournisseur de Singapour livre divers catalyseurs de combustion au navire à Singapour pour une valeur de 6 257,25 \$CAN. On trouve la clause d'arbitrage suivante dans le contrat de vente :

ARBITRATION All disputes which may arise between us concerning this transaction of the invoiced goods shall be submitted to binding arbitrators ... all in accordance with Washington State law.

[TRADUCTION] ARBITRAGE Tout litige né ou à naître entre les parties à la présente transaction relativement aux marchandises facturées sera soumis à l'arbitrage obligatoire [...] le tout conformément aux lois de l'État de Washington.

[8] Under Canadian law, a supplier of necessities to ships is accorded a statutory right *in rem* (paragraph 25 of *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190 (C.A.) (*Imperial Oil*) and see paragraph 22(2)(m) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 31] and subsection 43(3) [as am. *idem*, s. 40] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]). The ranking of claims to the proceeds of a ship's sale is decided by the law of the forum (*Todd Shipyards Corp. v. Altama Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, at page 1254 (*Todd Shipyards*)). A statutory right *in rem* ranks

[8] En droit canadien, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires ne peut invoquer qu'un droit réel d'origine législative (paragraphe 25 de l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190 (C.A.) (*Imperial Oil*) et voir l'alinéa 22(2)m) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 31] et le paragraphe 43(3) [mod., *idem*, art. 40] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]). L'ordre de priorité des réclamations formulées à l'égard du produit de la vente d'un navire est établi selon la loi du for (*Todd Shipyards Corp. c. Altama Compania*

below a mortgage, which is itself outranked by any maritime liens asserted against the vessel (*Todd Shipyards*, at page 1259).

[9] Under U.S. law, a necessities supplier is afforded a maritime lien, by virtue of the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (2006):

§ 31342. Establishing maritime liens

(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a person providing necessities to a vessel on the order of the owner or a person authorized by the owner—

- (1) has a maritime lien on the vessel;
- (2) may bring a civil action in rem to enforce the lien; and
- (3) is not required to allege or prove in the action that credit was given to the vessel.

(b) This section does not apply to a public vessel.

As noted by Justice Binnie in *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907 (*Holt Cargo*), foreign maritime liens, including those arising under the U.S. statute, “will be recognized and given the same priority in Canada as would be given to a maritime lien created in Canada under Canadian maritime law ‘unless opposed to some rule of domestic policy or procedure which prevents the recognition of the right’” (at paragraph 41, citing *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680, at page 685 (*The Strandhill*)).

[10] The appellants, all necessities suppliers, claim that they enjoy maritime liens by virtue of the U.S. choice of law provisions in the supply contracts and thus, their claims to the vessel’s judicial sale proceeds should be satisfied ahead of the respondents’ mortgage.

Maritima S.A., [1974] R.C.S. 1248, à la page 1254 (*Todd Shipyards*)). Le droit réel créé par la loi vient après la réclamation du créancier hypothécaire, laquelle prend rang après tout privilège maritime grevant le navire (arrêt *Todd Shipyards*, à la page 1259).

[9] En droit américain, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires se voit reconnaître un privilège maritime aux termes de la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (2006) :

[TRADUCTION]

§ 31342. Constitution de privilèges maritimes

a) Sous réserve de l’alinéa b) du présent article, la personne qui fournit des approvisionnements nécessaires à un navire sur l’ordre du propriétaire ou d’une personne autorisée par celui-ci —

- (1) possède un privilège maritime sur le navire;
- (2) peut engager une action civile réelle pour faire valoir le privilège;
- (3) n’est pas tenue d’alléguer ou de prouver dans l’action qu’une avance a été consentie au profit du navire.

b) Le présent article ne s’applique pas à un navire public.

Ainsi que le juge Binnie l’a fait observer dans l’arrêt *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907 (*Holt Cargo*), le privilège maritime étranger, y compris celui créé sous le régime d’une loi des États-Unis, « est reconnu et se voit accorder, au Canada, la même priorité qu’un privilège maritime créé au Canada sous le régime du droit maritime canadien, [TRADUCTION] “à moins qu’il n’aille à l’encontre d’une règle quelconque de politique ou de procédure intérieure qui en empêche la reconnaissance” » (au paragraphe 41, citant l’arrêt *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, à la page 685 (*The Strandhill*)).

[10] Les appelantes, qui sont toutes des fournisseurs d’approvisionnements nécessaires, affirment qu’elles bénéficient d’un privilège maritime en vertu des dispositions de leur contrat de fourniture aux termes desquelles elles ont choisi le droit des États-Unis, de

The respondent mortgagees, contend that American law is not the proper law to apply and, even if it did govern, U.S. law does not provide for a maritime lien in the circumstances at bar.

sorte que les réclamations qu'elles ont présentées relativement au produit de la vente en justice du navire devraient avoir priorité sur la créance hypothécaire des intimées. Les créancières hypothécaires intimées soutiennent en revanche que les règles de droit américaines ne sont pas celles qu'il convient d'appliquer et que, même si c'étaient ces règles qui s'appliquaient, le droit américain ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime dans les circonstances de l'espèce.

Judicial History

Priorities Hearing, (2005), 275 F.T.R. 159 (F.C.)

[11] Morneau P. did not accord maritime lien status to the claims of the suppliers and ranked these claims behind that of the mortgagees. He decided that, because the mortgagees were not parties to the supply contracts, the choice of law clauses did not dictate which jurisdiction's substantive law applied (at paragraph 59).

[12] Morneau P. then applied a conflict of laws analysis to each supply transaction in order to determine if the United States was the jurisdiction to which it had the closest and most substantial connection. Looking at various factors including the vessel's flag state, the location of supply, and the base of operations of the vessel, he concluded that U.S. law was not applicable to these transactions (at paragraph 61). Since no other law had been proved, he applied the law of the forum, i.e. Canadian law. Consequently, he found that each supply transaction only gave rise to a statutory right *in rem*, which was below the mortgage in priority.

Historique des procédures judiciaires

Audience sur l'ordre de priorité, 2005 CF 864

[11] Le protonotaire Morneau n'a pas reconnu l'existence d'un privilège maritime dans le cas des réclamations des fournisseurs et il a estimé que ces créances prenaient rang après celle des créancières hypothécaires. Il a décidé que, comme les créancières hypothécaires n'étaient pas parties aux contrats d'approvisionnement, les clauses sur le choix du droit applicable ne dictaient pas nécessairement le choix de l'État dont les règles de droit substantiel s'appliquaient (au paragraphe 59).

[12] Le protonotaire Morneau a ensuite analysé chacune des transactions d'approvisionnement effectuées à la lumière des règles du droit international privé pour déterminer si les États-Unis étaient le pays avec lequel les parties entretenaient les rapports les plus étroits et les plus importants. En tenant compte de divers facteurs, dont l'État du pavillon du navire, l'endroit où a eu lieu l'approvisionnement, et la base des activités du navire, il a conclu que le droit maritime américain ne s'appliquait pas à ces transactions (au paragraphe 61). Puisqu'aucun autre droit étranger n'avait été prouvé, il a appliqué le droit du for, c'est-à-dire le droit canadien. En conséquence, il a conclu que chaque transaction d'approvisionnement donnait uniquement droit à un droit réel d'origine législative, qui occupait un rang inférieur à celui des détenteurs d'hypothèque.

Priorities Appeal, [2007] 1 F.C.R. 289 (F.C.)

[13] Justice Gauthier also found that the appellants only had statutory rights *in rem*, rather than maritime liens. She held that the choice of law clauses in the supply contracts would only be determinative of the applicable law if the vessel's owner was personally liable under the contract. She found that there was insufficient evidence to prove that the vessel's manager had the authority to bind the vessel's owner since the contract between the two parties was not before the Court. Therefore, she applied the closest and most substantial connection test to the transactions and agreed with Morneau P. that U.S. law did not apply to the transactions.

[14] Although it was unnecessary to decide whether maritime liens would arise under American law, Justice Gauthier decided that they would not. She found that the respondent mortgagees' expert witness was able to provide more specific evidence that U.S. law would not provide a lien where the necessities were supplied by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign country (at paragraph 94).

Analysis

[15] Whenever a Canadian court is asked to apply the substantive law of a foreign jurisdiction, it must apply a "choice of law" analysis, using Canadian conflict of laws rules (*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, at paragraph 29; *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)*, [1992] 1 F.C. 245 (T.D.), at page 252 (*The Federal Calumet*), aff'd (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.)).

Appel portant sur l'ordre de priorité, [2007] 1 R.C.F. 289 (C.F.)

[13] La juge Gauthier a elle aussi conclu que les appelantes détenaient seulement un droit réel d'origine législative et non un privilège maritime. Elle a jugé que les clauses sur le choix du droit applicable dans les contrats d'approvisionnement ne seraient déterminantes, quant au droit applicable, que si le propriétaire du navire était personnellement responsable aux termes du contrat. Elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le gestionnaire du navire avait le pouvoir de lier le propriétaire du navire était donné que le contrat intervenu entre les deux parties n'avait pas été porté à la connaissance du tribunal. Elle a par conséquent appliqué à ces transactions le critère du lien le plus étroit et le plus important et abondé dans le sens du protonotaire Morneau en concluant que le droit américain ne s'appliquait pas à ces opérations.

[14] Même s'il n'était pas nécessaire de décider si le droit américain reconnaîtrait en pareil cas l'existence d'un privilège maritime, la juge Gauthier a répondu par la négative à la question. Elle a conclu que le témoin expert des créancières hypothécaires intimées avait été en mesure de soumettre des éléments de preuve plus précis indiquant que le droit américain ne reconnaîtrait pas l'existence d'un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires fournis par un fournisseur étranger à un navire étranger dans un pays étranger (au paragraphe 94).

Analyse

[15] Chaque fois qu'un tribunal canadien est appelé à appliquer les règles de droit substantiel d'un État étranger, il doit procéder à une analyse du « choix du droit » en recourant aux règles canadiennes en matière de conflits de lois (*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, au paragraphe 29; *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] 1 C.F. 245 (1^{re} inst.), à la page 252 (*Le Federal Calumet*), conf. par [1992] A.C.F. n° 1085 (C.A.) (QL)).

General Approach to “Conflict of Laws” Analysis

[16] Absent a statutory and/or treaty provision that directs the forum to apply a particular choice of law rule, Canadian common law conflict of laws rules will apply in a proceeding where the court is asked to apply foreign law. The first step in such an analysis is the determination of the legal nature of the questions or issues to be adjudicated (*Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. looseleaf, Vol. 1 (Markham, Ont.: LexisNexis/Butterworths, 2005), at §§ 3.1-3.2; *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14th ed. Vol. 1 (London: Sweet & Maxwell, 2006), at paragraphs 2-001 to 2-045). This characterization must be performed since different choice of law rules have been developed for different legal categories. For example, characterization of the issue as tortious versus contractual will result in the application of a different conflicts rule and may result in a different outcome as to which jurisdiction’s substantive law governs.

[17] Once the issue is characterized as belonging to a particular legal category, the court must then determine what choice of law rule applies to that particular category (*Castel & Walker*, at § 3.1). Application of the choice of law rule should indicate which jurisdiction’s law should apply to this particular matter.

[18] After the appropriate law is selected using Canadian choice of law rules, the court will then apply that law to the issue. In general, foreign law must be specifically pleaded and proved to the satisfaction of the court (*Castel & Walker*, at § 7.1; *Dicey, Morris and Collins*, at Rule 18(1)). If the foreign law is not pleaded or is insufficiently proved, the court will apply the law of the forum (*Castel & Walker*, at § 7.4).

Démarche générale à suivre pour l’analyse des « conflits de lois »

[16] À défaut de disposition dans une loi ou un traité qui oblige le tribunal à appliquer une règle de droit déterminée, ce sont les règles canadiennes de la common law en matière de conflits de lois qui s’appliquent dans l’instance dans laquelle le tribunal est appelé à appliquer des règles de droit étranger. La première étape d’une telle analyse consiste à déterminer la nature juridique des questions à trancher (*Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd. (feuilles mobiles), vol. 1 (Markham, Ont. : LexisNexis/Butterworths, 2005), aux §§ 3.1-3.2; *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14^e éd. vol. 1 (Londres : Sweet & Maxwell, 2006), aux paragraphes 2-001 à 2-045). Il faut procéder à cette qualification car, en matière de choix du droit applicable, diverses règles ont été élaborées selon la catégorie juridique en cause. Ainsi, selon que la question en litige est qualifiée de délictuelle ou de contractuelle, une règle différente quant aux conflits de lois s’applique et est susceptible de produire un résultat différent en ce qui concerne le choix du pays dont le droit substantiel s’applique.

[17] Une fois qu’il a été décidé que la question entre dans une catégorie juridique donnée, le tribunal doit déterminer quelle règle en matière de choix du droit applicable s’applique à cette catégorie précise (*Castel & Walker*, au § 3.1). L’application de la règle relative au choix du droit applicable devrait permettre de déterminer les lois de quel pays devraient s’appliquer à la question en cause.

[18] Après avoir sélectionné les règles de droit appropriées à l’aide des règles canadiennes relatives au choix de la loi, le tribunal applique ces règles de droit à la question en litige. En principe, le droit étranger doit être expressément plaidé et prouvé à la satisfaction du tribunal (*Castel & Walker*, au § 7.1; *Dicey, Morris and Collins*, à la règle 18(1)). Si le droit étranger n’est pas plaidé ou n’est pas suffisamment prouvé, le tribunal applique la loi du for (*Castel & Walker*, au § 7.4).

Characterization of the issue and choice of law in the *Lanner* transactions

[19] Since there is no statutory or treaty rule mandating a particular choice of law rule, I first must characterize the issue at bar. Prior to doing this, it is helpful to review the nature of maritime liens.

[20] The maritime lien is “a true, substantive right in the property of another . . . , a subtraction from the ship owner’s absolute ownership” (W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 2002), at page 482). It is an ancient creature of the *lex maritima* and has no equivalent in the common law (W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. (Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1998), at page 60). This secured, *in rem* right against the vessel (*Holt Cargo*, at paragraph 26):

... arises without registration or other formality when debts of a specific nature are incurred by or on behalf of a ship. The lien creates a charge which “goes with the ship everywhere, even in the hands of a purchaser for value without notice, and has a certain ranking with other maritime liens, all of which take precedence over mortgages” (*The Tolten*, [1946] P. 135 (C.A.), *per* Scott L.J., at p. 150). It may be described, in that sense, as a “secret lien”.

Furthermore, a maritime lien arises by operation of law, rather than from tort or contract (*Imperial Oil*, at paragraph 26; see also *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002)).

[21] As noted by Justice Binnie in *Holt Cargo*, the reason for the privileged status of maritime liens is practical (at paragraph 27):

The ship may sail under a flag of convenience. Its owners may be difficult to ascertain in a web of corporate relationships. . . . Merchant seamen will not work the vessel unless their wages constitute a high priority against the ship. The same is true of others whose work or supplies are essential to the continued voyage. The Master may be embarrassed for lack of funds, but the ship itself is assumed

Qualification de la question en litige et choix de la loi dans les transactions relatives au *Lanner*

[19] Comme aucune loi ni aucun traité n’impose le choix d’une loi déterminée, il faut d’abord qualifier la question en litige. Mais avant, il est utile d’examiner la nature des privilèges maritimes.

[20] Le privilège maritime est [TRADUCTION] « un droit substantiel et concret sur la propriété d’autrui [...] qui vient restreindre le caractère absolu du droit de propriété du propriétaire du navire » (W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2002), à la page 482). En ce sens, le privilège maritime est une survivance de la *lex maritima* qui n’a pas d’équivalent en common law (W. Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd. (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998), à la page 60). Ce droit réel garanti grève le navire (*Holt Cargo*, au paragraphe 26) :

[...] prend naissance sans enregistrement ou autre formalité dès qu’une dette d’une nature particulière est contractée par un navire ou au nom d’un navire. Le privilège donne naissance à un droit réel [TRADUCTION] « qui suit le navire où qu’il soit, même entre les mains d’un acquéreur à titre onéreux sans préavis, et occupe le même rang que les autres privilèges maritimes, tous ces privilèges ayant préséance sur les hypothèques » (*The Tolten*, [1946] P. 135 (C.A.), le lord juge Scott, p. 150). Dans ce sens, il peut être décrit comme un « privilège occulte ».

De plus, le privilège maritime naît non pas d’un contrat ou d’un délit, mais de l’application de la loi (*Imperial Oil*, au paragraphe 26; voir également la décision *Ventura Packers, Inc. v. F/V Jeanine Kathleen*, 305 F.3d 913 (9th Cir. 2002)).

[21] Ainsi que le juge Binnie le fait remarquer dans l’arrêt *Holt Cargo*, le statut privilégié des privilèges maritimes s’explique par des raisons d’ordre pratique (au paragraphe 27) :

Un navire peut naviguer sous pavillon de complaisance. Il peut être difficile d’en identifier les propriétaires dans un réseau complexe d’entreprises [...] Les marins de la marine marchande ne travailleront pas sur un navire à moins que leur salaire ne constitue une créance prioritaire sur le navire. Il en est de même pour ceux dont le travail ou les approvisionnements sont essentiels à la poursuite du voyage.

to be worth something and is readily available to provide a measure of security. Reliance on that security was and is vital to maritime commerce. Uncertainty would undermine confidence.

[22] While Canadian law does not afford a maritime lien for the supply of necessities, other jurisdictions do, including the United States and France (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, at page 551). “Necessaries” include repairs, supplies, towage and the use of dry docks and marine railways (Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, at page 483).

[23] The United States has statutorily recognized a general maritime lien for necessities since the adoption of the *Ship Mortgage Act* in 1920 [41 Stat. 1000 (1920)] (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, at page 77). As mentioned above, the current legislation governing necessities liens is the U.S. *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006). These liens arise at the moment of supply to the vessel (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, at page 596).

[24] One need only look at the facts of this case to see that maritime transactions may involve a multitude of jurisdictions. As acknowledged by Justice Stone in *Imperial Oil*, “it is not unusual in the marine shipping industry for fuel to be supplied to a vessel under a contract between parties located in several countries, negotiated in one country and performed in another sometimes by a person who was not a party to the original contract” (at paragraph 22). While I recognize that maritime liens are *in rem* rights, which arise by operation of law and not from contract, I believe that the choice of law clause in the supply contracts should generally govern maritime transactions, including the rights which may arise from these transactions. The Supreme Court of Canada has suggested that the principles of comity, order, and fairness should guide the determination of conflict of laws issues (*Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, at paragraph 21). While the

Le capitaine peut être à court d’argent, mais on présume que le navire lui-même a une certaine valeur et qu’il peut facilement constituer une certaine garantie. Cette garantie était et est toujours essentielle au commerce maritime. L’incertitude minerait la confiance.

[22] Bien que le droit canadien ne confère pas de privilège maritime aux fournisseurs d’approvisionnements nécessaires, d’autres pays le font, comme les États-Unis ou la France (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 551). Par « approvisionnements nécessaires », on entend les réparations, les provisions fournies, le remorquage et l’accès à une cale sèche ou à un slip de carénage (Tetley, *International Maritime and Admiralty Law*, à la page 483).

[23] Les États-Unis reconnaissent par voie législative l’existence d’un privilège maritime aux fournisseurs d’approvisionnements nécessaires depuis d’adoption de la *Ship Mortgage Act* en 1920 [41 Stat. 1000 (1920)] (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 77). Comme nous l’avons précédemment mentionné, la loi américaine actuelle régissant le privilège pour approvisionnements nécessaires est la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. §§ 31301-31343 (2006). Le privilège naît dès que les approvisionnements sont fournis au navire (Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 596).

[24] Il suffit de considérer les faits de la présente affaire pour constater que les transactions maritimes peuvent mettre en cause une multitude de pays. Ainsi que le juge Stone l’a reconnu dans l’arrêt *Imperial Oil*, « il n’est pas inhabituel, dans le domaine de la navigation maritime, qu’un navire soit approvisionné en carburant en application d’un contrat qui a été conclu entre des parties se trouvant dans plusieurs pays, négocié dans un pays et exécuté dans un autre parfois par une personne qui n’était pas partie au contrat initial » (au paragraphe 22). Bien que je reconnaisse que les privilèges maritimes soient des droits réels, qui naissent par l’effet de la loi et non aux termes d’un contrat, j’estime que la clause sur le choix du droit applicable contenue dans le contrat d’approvisionnement devrait en principe régir les transactions maritimes, y compris les droits découlant de ces transactions. Suivant la Cour suprême du Canada, les principes de courtoisie, d’ordre et d’équité devraient servir de guide pour

principles of comity and fairness will often be equivocal in the case of maritime transactions, giving greater weight to proper law of the supply contract would pay respect to the notion of “order”. This would encourage certainty and predictability in maritime transactions of a jurisdictionally diverse character.

[25] The common law contractual choice of law rules provide that where there is an express or implied choice of law by the parties to the contract, this law will normally govern the contract and legal rights and obligations generated by the contract (*Drew Brown Ltd. v. The “Orient Trader”*, [1974] S.C.R. 1286, at pages 1288, 1314 and 1318; *The Federal Calumet*, at page 253; *Richardson [Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)]*, [2002] 4 F.C. 80 (C.A.), at paragraph 28). Absent an express or implied choice of law by the parties, the proper law of the contract is determined by assessing which jurisdiction has the closest and most substantial connection (*The Federal Calumet*, at page 253; *Imperial Life Assurance Co. of Canada v. Colmenares*, [1967] S.C.R. 443, at page 448 (*Imperial Life*)).

[26] While the contractual choice of law clause in the contract should dictate the proper law of the maritime transaction, I acknowledge that maritime liens are extra-contractual rights. Therefore, I do not foreclose the possibility that, where a maritime transaction is so strongly connected to a jurisdiction, this jurisdiction’s substantive law, rather than the choice of law clause in the contract, should govern the transaction. In *Imperial Oil*, Justice Stone held that the U.S. choice of law clause in the supply contract did not govern the transaction since the place of vessel registration, the residences of the ship owner and charterer, and the place of supply delivery were all in Canada. Justice Stone also suggested that the flag state of the vessel and the residence of the supplier were significant factors in determining which jurisdiction had the closest and most substantial connection to the transaction.

trancher les questions de conflits de lois (*Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, au paragraphe 21). Bien que les principes de courtoisie et d’équité soient souvent équivoques dans le cas de transactions maritimes, le fait d’accorder une plus grande importance au choix de la loi applicable prévu au contrat d’approvisionnement rendrait hommage à la notion d’« ordre », ce qui favoriserait la stabilité et l’uniformité dans le cas de transactions maritimes ressortissant à divers pays.

[25] Les règles de la common law sur le choix contractuel de la loi applicable prévoient que lorsque les parties ont choisi expressément ou implicitement le droit applicable, ces règles de droit régiront normalement tant le contrat que les droits et obligations créés par le contrat (*Drew Brown Ltd. c. Le « Orient Trader »*, [1974] R.C.S. 1286, aux pages 1288, 1314 et 1318; *Richardson [Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)]*, [2002] 4 C.F. 80 (C.A.), au paragraphe 28). Si les parties n’ont pas fait de choix exprès ou implicite, la loi applicable est celle du pays avec lequel le contrat présente les liens plus étroits (*Le Federal Calumet*, à la page 253; *Imperial Life Assurance Co. of Canada c. Colmenares*, [1967] R.C.S. 443, à la page 448 (*Imperial Life*)).

[26] Bien que la clause sur le choix de la loi dans le contrat devrait commander le choix de la loi qui régit la transaction maritime, je reconnais que les privilèges maritimes sont des droits extracontractuels. Je n’écarte donc pas la possibilité que, lorsqu’il existe des liens très étroits entre une transaction maritime et un pays déterminé, ce sont les règles de droit substantiel de ce pays et non celles prévues par la clause sur le choix de la loi du contrat qui devraient régir la transaction. Dans l’arrêt *Imperial Oil*, le juge Stone a estimé que la clause du contrat d’approvisionnement aux termes de laquelle la loi américaine avait été choisie ne s’appliquait pas à la transaction étant donné que le lieu d’immatriculation du navire, le lieu de résidence du propriétaire et de l’affréteur du navire et le lieu de livraison de la marchandise étaient tous situés au Canada. Le juge Stone a également laissé entendre que l’État du pavillon du navire et la résidence du fournisseur étaient des facteurs importants pour déterminer quel pays

[27] In assessing the proper law to apply to the transactions at issue, Prothonotary Morneau [at paragraph 60] summarized the relevant connecting factors in a table. I reproduce this table, with some modifications, below. In all cases, the vessel's flag state and the vessel owner's country of residence is Liberia. The vessel's base of operations and the vessel manager's country of residence is Greece.

APPELLANT	APPELLANT'S COUNTRY OF RESIDENCE	SUPPLIER'S COUNTRY OF RESIDENCE	LOCATION OF SUPPLY	CHOICE OF LAW IN SUPPLY CONTRACT
Kent Trade	British Virgin Islands	Canada	Canada	U.S.A.
		Unknown	Spain	U.S.A.
Praxis Energy	British Virgin Islands	England	Pointe à Pierre, Trinidad	U.S.A.
CP3500	Cyprus	Singapore	Singapore	Washington State (arbitration agreement)

[28] It is evident that U.S. law has been explicitly chosen to govern the Kent Trade and Praxis Energy supply contracts. However, the priorities appeal Judge found that the choice of law in the contracts did not dictate that American law applied due to insufficient evidence that the vessel's owner was personally liable under this contract.

[29] Without deciding whether personal liability of the owner is necessary for the choice of law clause to be determinative of the proper law, I find that the priorities appeal Judge made a palpable and overriding error in holding that a contractual link between the appellants and the vessel's owner was not established by the evidence. It is uncontested by the respondents that the management agreement between the vessel's owner and its manager was part of the record at the priorities

entretenait les liens les plus étroits et les plus importants avec la transaction.

[27] Pour déterminer la loi applicable aux transactions en cause, le protonotaire Morneau [au paragraphe 60] a résumé les facteurs de rattachement pertinents à l'aide d'un tableau. Je reproduis ce tableau avec quelques modifications. Dans tous les cas, l'État du pavillon du navire et le pays de résidence du propriétaire du navire sont le Libéria. La base des activités du navire et le pays de résidence du gestionnaire du navire sont la Grèce.

APPELANTE	PAYS DE RÉSIDENCE DE L'APPELANTE	PAYS DE RÉSIDENCE DU FOURNISSEUR	LIEU DE LIVRAISON	LOI APPLICABLE CHOISIE DANS LE CONTRAT D'APPROVISIONNEMENT
Kent Trade	Îles Vierges britanniques	Canada	Canada	É.-U.
		inconnu	Espagne	É.-U.
Praxis Energy	Îles Vierges britanniques	Angleterre	Pointe à Pierre (Trinidad)	É.-U.
CP3500	Chypre	Singapour	Singapour	État de Washington (contrat d'arbitrage)

[28] Il est évident que la loi américaine a été expressément choisie pour régir le contrat d'approvisionnement de Kent Trade et de Praxis Energy. La juge qui a statué sur l'appel relatif à l'ordre de priorité a toutefois estimé que le choix de la loi effectué dans les contrats n'emportait pas application du droit américain en raison de l'insuffisance d'éléments de preuve tendant à démontrer que le propriétaire du navire avait engagé sa responsabilité personnelle aux termes de ce contrat.

[29] Sans me prononcer sur la question de savoir s'il est nécessaire que la responsabilité personnelle du propriétaire soit engagée pour que la clause sur le choix de la loi puisse être retenue pour déterminer le droit applicable, j'estime que la juge qui a statué sur l'appel relatif à l'ordre de priorité a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la preuve n'établissait pas l'existence d'un lien contractuel entre les appelantes et le propriétaire du navire. Les intimés

appeal. This agreement states that the manager, Arrow, had the authority on behalf of the owner to do all things necessary for the management of the vessel, including the arrangement of bunker fuel and lubrication oil contracts. Furthermore, all invoices of the appellants were addressed directly to Arrow, as manager of the vessel. As a result, a contractual link has been established between the owner and the appellants.

[30] Therefore, even if personal liability of the ship owner is a necessary element of the choice of law rule, the proper law of the Kent Trade and Praxis contracts, based on choice of law rules, is American law.

[31] In the CP3500 contract, there is no explicit choice of law clause; however, there is an arbitration clause stating that any arbitration between the parties is to be decided in accordance with the law of the State of Washington. Even where an arbitration clause only selects the forum of the arbitration, British and Canadian courts normally take this clause as indicative of the proper law of the contract (see e.g. *Richardson*, at paragraphs 34-35; *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.)). On this basis, I find that the proper law of the CP3500 supply contract is American law.

[32] Since the contractual choice of law clause should normally govern and there are no other factors, or combinations of factors, which indicate that another jurisdiction has a closer or more substantial connection to the maritime transactions at hand, I disagree with the decisions below and conclude that American law is the appropriate law to apply in this case.

Application of American law

[33] While Justice Gauthier did not believe American law governed the transactions at issue, she proceeded

ne contestent pas que l'entente de gestion entre le propriétaire du navire et son gestionnaire faisait partie du dossier lors de l'appel relatif à l'ordre de priorité. Cette entente précise que le gestionnaire, Arrow, était autorisé à accomplir, au nom du propriétaire, tous les actes nécessaires pour la gestion du navire, y compris la conclusion de contrats portant sur le combustible de soute et le lubrifiant. Qui plus est, toutes les factures des appelantes étaient adressées directement à Arrow, en sa qualité de gestionnaire du navire. Un lien contractuel a donc été établi entre le propriétaire et les appelantes.

[30] Ainsi, même si la responsabilité personnelle du propriétaire du navire constitue un élément nécessaire de la règle relative au choix du droit applicable, il n'en demeure pas moins que, selon les règles sur le choix du droit applicable, c'est le droit américain qui s'applique aux contrats conclus par Kent Trade et par Praxis.

[31] Le contrat de CP3500 ne renferme pas de clause explicite quant au choix du droit applicable; il contient toutefois une clause d'arbitrage qui stipule que tout arbitrage entre les parties doit être jugé conformément aux lois de l'État de Washington. Même lorsqu'une clause d'arbitrage ne désigne que le pays de l'arbitrage, les tribunaux britanniques et canadiens interprètent cette clause comme une indication de la loi applicable au contrat (voir, par ex., *Richardson*, aux paragraphes 34 et 35, et *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 99 (H.L.)). Sur ce fondement, je conclus que la loi qui s'applique au contrat d'approvisionnement de CP3500 est la loi américaine.

[32] Comme la clause contractuelle du choix de la loi applicable devrait normalement s'appliquer et comme il n'existe pas d'autres facteurs ou combinaison de facteurs qui indiquent qu'il existe un autre pays ayant des liens plus étroits ou plus importants avec les opérations maritimes en cause, je dois m'écarter des décisions des tribunaux inférieurs et je conclus que c'est la loi américaine qui s'applique en l'espèce.

Application de la loi américaine

[33] Même si elle ne croyait pas que la loi américaine régissait les transactions en litige, la juge Gauthier est

on the basis that it did and found that, based on the expert testimony, American law would not grant maritime liens in the circumstances of this case. The appellants and the respondents differ as to the appropriate standard of review to apply where the trial judge has determined the content of foreign law. It is not contested by either party that foreign law is treated as a question of fact (*Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, at page 306) which must be specifically pleaded by the party relying upon it and proved to the satisfaction of the court (Castel & Walker, at § 7.1). However, as noted by the English Divisional Court in *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737, at page 746 (approved by the English Court of Appeal in *Bumper Development Corp. Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638, at page 645 (*Bumper Development*)), findings of foreign law are “a question of fact of a peculiar kind”. The Ontario Court of Appeal has recently recognized the unique position of an appellate court in reviewing these findings of fact and held that they were reviewable on a standard of correctness (*General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666, at paragraphs 35–36).

[34] This issue does not have to be resolved in the present case since fresh evidence has been admitted in the way of supplemental affidavits from the appellants’ and respondents’ expert witnesses (order of Décary J., November 6, 2007; order of Noël J., July 10, 2008). In light of the new evidence submitted prior to this appeal, I must assess whether U.S. law would grant a maritime lien for necessities in any or all of the four transactions at issue.

[35] Before discussing the expert testimony as to the content of U.S. law, it is helpful to discuss the role of expert witnesses, both in general and in the context of proving foreign law. As recognized by the English Court of Appeal in *General Medical Council v. Meadow*, [2006] EWCA Civ 1390, the duties and responsibilities

partie du principe qu’elle s’y appliquait et elle a conclu, en se fondant sur le témoignage de l’expert, que le droit américain ne reconnaît aucun privilège dans les circonstances de l’espèce. Les appelantes et les intimées divergent d’opinion au sujet de la norme de contrôle à appliquer lorsque le juge de première instance a défini le contenu du droit étranger. Ni l’une ni l’autre des parties ne conteste que le droit étranger soit considéré comme une question de fait (*Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, à la page 306) qui doit être expressément plaidée par la partie qui l’invoque et qui doit être prouvée à la satisfaction du tribunal (Castel & Walker, au § 7.1). Toutefois, ainsi que la Cour divisionnaire de l’Angleterre l’a fait observer dans la décision *Prakasho v. Singh*, [1967] 1 All E.R. 737, à la page 746 (approuvée par la Cour d’appel de l’Angleterre dans l’arrêt *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis and others*, [1991] 4 All E.R. 638, à la page 645 (*Bumper Development*)), les conclusions portant sur le droit étranger [TRADUCTION] « sont des questions de fait un peu particulières ». La Cour d’appel de l’Ontario a récemment reconnu la position unique qu’occupe la juridiction d’appel chargée de réviser de telles conclusions de fait en statuant qu’elles sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte (*General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. v. Town and Country Chrysler Ltd.* (2007), 88 O.R. (3d) 666, aux paragraphes 35 et 36).

[34] Il n’est pas nécessaire de trancher cette question en l’espèce étant donné que de nouveaux éléments de preuve ont été admis sous forme d’affidavits supplémentaires déposés par les témoins experts des appelantes et des intimées (ordonnance du 6 novembre 2007 du juge Décary et ordonnance du 10 juillet 2008 du juge Noël). Compte tenu des nouveaux éléments de preuve soumis avant le présent appel, je dois décider si le droit américain reconnaît un privilège maritime pour les approvisionnements nécessaires pour l’une ou l’autre ou la totalité des quatre transactions en cause.

[35] Avant de passer à l’examen du témoignage de l’expert au sujet du contenu du droit américain, il est utile de rappeler le rôle que jouent les témoins experts tant en général que lorsqu’il s’agit de faire la preuve du droit étranger. Ainsi que la Cour d’appel de l’Angleterre l’a reconnu dans l’arrêt *General Medical Council v.*

of expert witnesses in civil cases include the following (citations omitted) [at paragraph 21]:

1. Expert evidence presented to the court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation. . . . 2. An expert witness should provide independent assistance to the court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his expertise. . . . An expert witness . . . should never assume the role of an advocate. 3. An expert witness should state the facts or assumption upon which his opinion is based. He should not omit to consider material facts which could detract from his concluded opinion. . . . 4. An expert witness should make it clear when a particular question or issue falls outside his expertise. . . . 6. If, after exchange of reports, an expert witness changes his view on a material matter having read the other side's expert's report or for any other reason, such change of view should be communicated (through legal representatives) to the other side without delay and when appropriate to the court.

[36] While, in general, both Mr. de Klerk (the expert witness for the appellants) and Mr. Juska (the expert witness for the respondents) provided helpful evidence, I feel it necessary to express my disapproval at the speculative and argumentative nature of some of the testimony given by Mr. de Klerk. An expert witness is entitled to give his opinion as to whether a judicial decision is inconsistent with binding authority or the general state of the law; however, it will generally be inappropriate for expert witnesses to comment on the likelihood of a decision being upheld or reversed on appeal.

[37] As for the substance of the expert testimony, it appears that there is a divergence in the U.S. District Courts and Circuit Courts of Appeal as to whether a maritime lien would be established where a non-U.S. supplier has provided necessities to a foreign vessel in a foreign port. The English Court of Appeal has suggested that it is "the duty of the judge when faced with conflicting evidence from witnesses about a foreign law to resolve those differences in the same way as he must in the case of other conflicting evidence as to facts" (*Bumper Development*, at page 644). This is

Meadow, [2006] EWCA Civ 1390, les témoins experts s'acquittent notamment des attributions suivantes dans les procès civils (renvois omis) [au paragraphe 21] :

[TRADUCTION]

1. La preuve d'expert présentée à la Cour devrait être — et perçue comme étant — le produit indépendant de l'expert ne subissant aucune influence de forme ou de fond dictée par les exigences de l'instance [...] 2. Le témoin expert devrait fournir une aide indépendante au tribunal en donnant son avis de manière objective et impartiale sur des questions relevant de son champ de compétence [...] Le témoin expert [...] ne doit jamais prendre fait et cause pour l'une ou l'autre des parties. 3. Le témoin expert devrait énoncer les faits ou les hypothèses sur lesquels il fonde son avis. Il ne doit pas négliger d'examiner des faits importants qui seraient susceptibles d'influencer l'avis qu'il a formé [...] 4. Lorsqu'une question déterminée n'est pas dans son champ de compétence, le témoin expert devrait le dire clairement [...] 6. Si, après l'échange de rapports, le témoin expert change d'avis au sujet d'une question importante, notamment après avoir pris connaissance du rapport de l'expert de la partie adverse, il doit en faire part sans délai à la partie adverse (par l'intermédiaire de ses représentants légaux) et en informer le tribunal en temps opportun.

[36] Bien que, dans l'ensemble, tant M. de Klerk (le témoin expert des appelantes) que M. Juska (le témoin expert des intimées) aient donné un témoignage utile, j'estime utile d'exprimer mon désaccord au sujet du caractère spéculatif et argumentatif d'une partie du témoignage donné par M. de Klerk. Le témoin expert a le droit de donner son avis sur la question de savoir si une décision judiciaire est incompatible avec un précédent obligatoire ou avec l'état général du droit; toutefois, il ne convient pas, en principe, qu'un témoin expert formule des observations au sujet des probabilités qu'une décision soit confirmée ou infirmée en appel.

[37] Pour ce qui est du fond du témoignage des experts, il semble qu'il existe une divergence entre les cours de districts et les cours d'appel de circuit des États-Unis sur la question de savoir si un privilège maritime serait constitué lorsqu'un fournisseur, qui n'est pas américain, a fourni des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger. Suivant la Cour d'appel de l'Angleterre, [TRADUCTION] « il incombe au juge qui a entendu des témoignages contradictoires au sujet du droit étranger de résoudre ces divergences de la même façon qu'il doit le faire

also the approach taken in *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506 and *Breen v. Breen*, [1961] 3 All E.R. 225. Determining the law of a foreign jurisdiction when such law is unsettled presents a difficult task for a court. Therefore, I note that my findings on U.S. law are based only on the affidavits and exhibits presented before the Court, since it is generally inappropriate for a court to conduct its own investigation into the foreign law (see *Bumper Development*, at page 644; Castel & Walker, at § 7.3; Dicey, Morris and Collins, at page 262).

[38] Very few decisions were presented that addressed similar circumstances to those at issue in this case: namely, would U.S. courts recognize a maritime lien where a foreign supplier provided necessities to a foreign ship in a foreign port?

[39] For the proposition that the U.S. Maritime Liens Act does not apply to foreign suppliers providing necessities to foreign vessels in a foreign port, Mr. Juska cites the decision from the Court of Appeals for the 11th Circuit in *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992). In this case, a Trinidad corporation had provided a Norwegian-flagged ship with certain necessities and performed repairs on the foreign-owned vessel while docked at Trinidad. The repair contract provided that English law would govern all aspects of the supply and repair agreement. After the vessel's owners failed to pay the outstanding balance on the repair contract, the supplier brought an action *in rem* against the vessel and *in personam* against the ship's owners. The issue before the District Court and at appeal was whether the Court had jurisdiction over the matter. U.S. courts have *in rem* jurisdiction to enforce a maritime lien or whenever a U.S. statute provides for a maritime action *in rem* or analogous proceeding. The supplier argued, *inter alia*, that § 31342 of the U.S. Maritime Liens Act recognized a maritime lien in the circumstances and thus allowed the court to have *in rem*

dans le cas d'autres éléments de preuve contradictoires portant sur des faits » (*Bumper Development*, à la page 644). C'est également le raisonnement qui a été suivi dans les décisions *Wellington, In re Duke of*, [1947] Ch. 506 et *Breen v. Breen*, [1961] 3 All E.R. 225. Il est difficile pour le tribunal de définir le contenu du droit d'un État étranger lorsque l'état de ce droit est incertain. Je signale en conséquence que les conclusions que je tire au sujet de la loi américaine reposent uniquement sur les affidavits et les pièces qui ont été soumis à la Cour, étant donné qu'en principe il ne convient pas que le tribunal mène sa propre enquête au sujet du droit étranger (voir *Bumper Development*, à la page 644, Castel & Walker, au § 7.3 et Dicey, Morris and Collins, à la page 262).

[38] Très peu de décisions présentées abordent des questions analogues à celles qui sont traitées en l'espèce, en l'occurrence celle de savoir si les tribunaux américains reconnaîtraient l'existence d'un privilège maritime lorsqu'un fournisseur étranger a livré des approvisionnements nécessaires à un navire étranger dans un port étranger.

[39] À l'appui de la proposition que la Maritime Liens Act des États-Unis ne s'applique pas aux fournisseurs étrangers qui livrent des approvisionnements nécessaires à des navires étrangers dans des ports situés à l'étranger, M. Juska cite l'arrêt rendu par la Cour d'appel du 11^e circuit dans l'affaire *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11^e Cir. 1992). Dans cette affaire, une société de Trinidad avait fourni à un navire battant pavillon norvégien certains approvisionnements nécessaires en plus d'effectuer des réparations sur un navire étranger amarré à Trinidad. Le contrat de réparation stipulait que la loi anglaise régirait tous les aspects du contrat de fourniture et de réparation. Après que les propriétaires du navire eurent fait défaut de payer le solde dû aux termes du contrat de réparation, le fournisseur a intenté une action *in rem* contre le navire et une action *in personam* contre les propriétaires du navire. La question soumise tant à la Cour de district qu'à la Cour d'appel était de savoir si le tribunal était compétent en la matière. Les tribunaux américains ont compétence *in rem* pour donner effet à un privilège maritime chaque fois qu'une loi américaine prévoit une action maritime *in rem* ou une procédure analogue. Le

jurisdiction. The Court rejected that argument on two bases: firstly, it held that § 31342 does not provide for a lien for supplies provided by a foreign supplier to foreign flag vessels in foreign ports (at page 617); and secondly, that § 31342 is not even applicable to this case since the contract had stipulated that English law governs.

[40] Similar holdings were made in two other cases cited by Mr. Juska. In *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992), the Court declined to recognize the existence of a lien where a Danish corporation provided various services to a Bahamian-registered vessel docked in a foreign port. Furthermore, in *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988), the District Court commented that (at page 1545):

On its face, the statute appears to apply to any person or entity regardless of nationality or the location at which the goods were supplied or the services performed. However, the courts interpreting the statute have provided a narrower scope. See *Tramp Oil and Marine Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986); *Gulf Trading*, 658 F.2d at 367. “The primary concern of the Federal Maritime Lien Act is the protection of American suppliers of goods and services.” *Tramp Oil*, 805 F.2d at 46 (citing the Congressional reports which accompanied the enactment of 1971 amendments to the Act).

[41] The first supplemental affidavit of Mr. Juska referenced a more recent case that was decided by the District Court of Maryland. In *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007) (*Triton*), a Maltese-registered vessel was owned by a Norwegian corporation, bareboat chartered to a Russian company, and sub-chartered to a U.S.-owned Cayman Islands corporation that had its principal place of business in Seattle. The claimant, a Panamanian corporation, arranged through its Canadian agent to supply the vessel with fuel in the Ukraine. The

fournisseur faisait notamment valoir que le § 31342 de la Maritime Liens Act des États-Unis reconnaissait l’existence d’un privilège maritime en pareil cas, conférant ainsi au tribunal une compétence *in rem*. Le tribunal a écarté cet argument pour deux motifs : il a en premier lieu jugé que le § 31342 n’accordait pas de privilège dans le cas des approvisionnements livrés par un fournisseur étranger à un navire battant pavillon étranger dans un port étranger (à la page 617) et, en second lieu, il a estimé que le § 31342 ne s’appliquait même pas dans ce cas, étant donné que le contrat stipulait qu’il était régi par la loi anglaise.

[40] Des conclusions semblables ont été tirées dans les deux autres décisions citées par M. Juska. Ainsi, dans *Metron Communications, Inc. v. M/V Tropicana*, [1993] A.M.C. 1264 (S.D. Fla. 1992), le tribunal a refusé de reconnaître l’existence d’un privilège dans une affaire dans laquelle une société danoise avait fourni divers services à un navire immatriculé aux Bahamas qui était amarré dans un port étranger. De plus, dans *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F. Supp. 1542 (S.D. Fla. 1988), la Cour de district a expliqué ce qui suit (à la page 1545) :

[TRADUCTION] À première vue, la loi semble s’appliquer à toute personne et à toute entité, indépendamment de sa nationalité ou de l’endroit où les marchandises ont été livrées ou les services exécutés. Mais les tribunaux qui ont interprété cette loi lui ont donné une portée plus étroite (voir *Tramp Oil and Marine Ltd. c. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42 (1st Cir. 1986) et *Gulf Trading*, 658 F.2 à la page 367). « Le principal objectif visé par la *Maritime Lien Act* fédérale est la protection des fournisseurs américains de biens et de services » *Tramp Oil*, 805 F.2d à la page 46 (citant les rapports du Congrès qui accompagnaient l’adoption des modifications apportées à la Loi en 1971).

[41] Le premier affidavit supplémentaire de M. Juska renvoie à une affaire plus récente jugée par la Cour de district du Maryland. Dans l’affaire *Triton Marine Fuels Ltd., S.A. et al. v. M/V Pacific Chukotka, et al.*, 504 F. Supp. 2d 68 (D. Md. 2007) (*Triton*), un navire immatriculé à Malte et appartenant à une société norvégienne avait été affrété coque nue à une société russe et sous-affrété à une société des îles Caymans dont les propriétaires étaient américains et dont l’établissement principal était situé à Seattle. Le créancier, une société du Panama, s’était entendu avec

supply contract contained a clause stating that the law of the United States governed the agreement. The vessel's owner moved for summary judgment on the basis that, even if the choice of law provision was enforceable, the U.S. legislation would not create a maritime lien in the circumstances at issue. The District Court agreed that, as a matter of law, no maritime lien for necessities existed. In coming to its decision, the court found that there were no policy reasons that would justify "the assertion of United States law against the commandments of the laws of other nations that do not recognize maritime liens for necessities" (at page 73).

[42] Following the decision in *Triton*, the Court of Appeals for the Ninth Circuit released its decision in *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008) (*Trans-Tec*). The District Court's decision in this case had been cited by Mr. Juska in his first supplemental affidavit for the proposition that, even where the supply contract stipulated the application of American law, a foreign supplier would not obtain a lien for necessities provided to a foreign vessel in a foreign port. However, following the submission of this affidavit, the Court of Appeals reversed the District Court's decision. This was brought to the attention of this Court in the second supplemental affidavit of Mr. de Klerk.

[43] In *Trans-Tec*, a Malaysian-owned and flagged vessel, which was chartered to a Taiwanese corporation, was provided with fuel bunkers by a Singaporean corporation while docked in Korea. There was a provision in the supply contract that indicated U.S. law was to govern the transaction. After the supplier did not receive full payment for the bunkers, it filed suit in California, asserting a maritime lien against the vessel. The Court of Appeals relied on the plain language of the statute to find that there was no restriction on the nationality of the supplier or vessel, or on the location of the port of supply. The Court also looked at the

son représentant canadien pour fournir du carburant au navire en Ukraine. Le contrat d'approvisionnement contenait une clause prévoyant que le contrat était régi par le droit des États-Unis. Le propriétaire du navire a présenté une requête en jugement sommaire au motif que, même si la disposition relative au choix de la loi applicable était exécutoire, la loi américaine ne créerait pas de privilège maritime dans les circonstances de l'espèce. La Cour de district a convenu qu'en droit, aucun privilège n'avait été créé en ce qui concerne les approvisionnements nécessaires. Pour arriver à cette décision, la cour a conclu qu'il n'existait aucune raison de principe qui justifierait [TRADUCTION] « de faire passer la loi des États-Unis devant celle d'autres pays qui ne reconnaissent pas le privilège maritime dans le cas des approvisionnements nécessaires » (à la page 73).

[42] À la suite de la décision *Triton*, la Cour d'appel pour le neuvième circuit a rendu l'arrêt *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9^e Cir. 2008) (*Trans-Tec*). La décision rendue par la Cour de district dans cette affaire avait été citée par M. Juska dans son premier affidavit supplémentaire à l'appui de la proposition que, même si le contrat d'approvisionnement stipulait que la loi américaine s'appliquait, le fournisseur étranger n'obtiendrait pas de privilège pour les approvisionnements nécessaires fournis à un navire étranger dans un port étranger. Cependant, à la suite de la présentation de cet affidavit, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour de district. Ce fait a été porté à l'attention de notre Cour dans le second affidavit supplémentaire de M. de Klerk.

[43] Dans l'affaire *Trans-Tec*, un navire battant pavillon malaisien et appartenant à des Malaisiens, qui avait été affrété par une société de Taïwan, avait reçu livraison de soutes à combustible d'une société de Singapour alors qu'il se trouvait dans un port coréen. Le contrat d'approvisionnement stipulait que l'opération était régie par les lois américaines. N'ayant pas été payé intégralement pour les soutes à combustible, le fournisseur avait ouvert un procès en Californie en faisant valoir un privilège maritime à l'égard du navire. La Cour d'appel s'est fondée sur le texte clair de la loi pour conclure qu'il n'y avait aucune restriction quant à

Congressional history to support that the Maritime Liens Act was not restricted to American suppliers.

[44] The respondent in *Trans-Tec* argued that there is a presumption against extraterritoriality in Congressional legislation. The Court of Appeals disagreed, holding that admiralty law is extraterritorial by nature and since the parties to the supply contract had chosen American law, the application of American law would not interfere with the sovereignty of other nations. Addressing the decision in *Trinidad*, the Court noted that its analysis of the Maritime Liens Act was skeletal, since the Eleventh Circuit had already decided that English law applied to the transaction. Furthermore, since American law did not apply in this case, the Court's pronouncement that the Maritime Liens Act did not grant a lien where the ship, port, and supplier were foreign was mere *dicta*. The Court also found *Swedish Telecom* to be unpersuasive on this basis, since the Court had determined that Swedish law applied to the transaction.

[45] It is Mr. Juska's opinion that *Trans-Tec* was wrongly decided and he states that he has been advised by counsel for the vessel owner that the Court of Appeals decision will be appealed to the U.S. Supreme Court.¹ *Trans-Tec* is the only U.S. Court of Appeals case decided on much the same facts as the four transactions at issue; namely, a foreign-flagged vessel, owned and operated by non-American entities, docked at a non-U.S. port, being provided with supplies by a non-U.S. company under a supply contract governed by U.S. law. I acknowledge Mr. Juska's assertion, supported by several U.S. Supreme Court decisions, that *Trans-Tec* contradicts the long-established U.S. legal principle that, absent a contrary intent, Congressional legislation does not apply extraterritorially. However, I also note that the Ninth Circuit dealt with this argument and dismissed it.

la nationalité du fournisseur ou du navire ou de l'emplacement du port ou du lieu de livraison. La Cour a également tenu compte des débats du Congrès pour conclure que la Maritime Liens Act ne se limitait pas aux fournisseurs américains.

[44] Dans l'affaire *Trans-Tec*, l'intimé soutenait que la loi du Congrès contenait une présomption de non-extraterritorialité. La Cour d'appel a estimé le contraire, jugeant que le droit maritime est, par sa nature, extraterritorial, et que, comme les parties au contrat d'approvisionnement avaient choisi le droit américain, l'application de la loi américaine ne porterait pas atteinte à la souveraineté d'autres pays. Examinant la décision *Trinidad*, la Cour a fait observer que l'analyse que l'on y trouvait de la Maritime Liens Act était fort schématique, étant donné que la Cour du onzième circuit avait déjà décidé que le droit anglais s'appliquait à la transaction. Qui plus est, comme le droit américain ne s'appliquait pas en l'espèce, la conclusion du tribunal suivant laquelle la Maritime Liens Act ne conférait pas de privilège lorsque le navire, le port ou le fournisseur étaient étrangers n'avait valeur que de remarque incidente. La Cour a également conclu que le jugement *Swedish Telecom* n'était pas convaincant sur ce point, étant donné que le tribunal avait estimé que la loi suédoise s'appliquait à la transaction.

[45] M. Juska estime que l'arrêt *Trans-Tec* est mal fondé et il signale que l'avocat du propriétaire du navire l'a informé que la décision de la Cour d'appel sera portée en appel devant la Cour suprême des États-Unis¹. L'affaire *Trans-Tec* est la seule affaire jugée par la Cour d'appel des États-Unis qui portait sur des faits à peu près identiques à ceux des quatre transactions en cause en l'espèce, à savoir un navire battant pavillon étranger, possédé et exploité par des intérêts non américains, amarré à un port non américain et ayant reçu livraison d'approvisionnements d'une société non américaine aux termes d'un contrat d'approvisionnement régi par la loi américaine. Je prends acte de l'affirmation de M. Juska, qui repose sur plusieurs arrêts de la Cour suprême des États-Unis, que l'arrêt *Trans-Tec* contredit un principe juridique consacré depuis longtemps aux États-Unis, à savoir qu'à défaut d'intention contraire, les lois du Congrès n'ont aucune application extraterritoriale. Je

[46] Although I recognize that a decision of one circuit's Court of Appeals is not considered binding precedent on the decisions of other circuits, *Trans-Tec* is the latest expression of the law from a U.S. appellate court. Therefore, based on the expert evidence before us, I am satisfied that U.S. law would recognize a maritime lien for necessities where, under a supply contract governed by U.S. law, a foreign supplier provides goods or services to foreign vessels in a foreign port.

[47] There is no aspect relating to any of the four transactions that would serve to distinguish the circumstances at issue from those related in *Trans-Tec*. Consequently, I conclude that the three appellants have proven to my satisfaction that they each have a maritime lien against the *Lanner*.

Disposition

[48] The appeal will be allowed and the following amounts will be ordered to be paid from the balance of the proceeds of the judicial sale of the vessel:

- (1) the sum of \$415 688.70 in capital to Kent Trade and Finance Inc. with interest to be calculated at the rate stipulated in the supply contract;
- (2) the sum of \$225 599.23 in capital to Praxis Energies Agents S.A. with interest to be calculated at the rate stipulated in the supply contract; and
- (3) the sum of \$6 257.25 in capital to CP3500 International Ltd. with interest to be calculated at the rate stipulated in the supply contract.

constate toutefois également que la Cour du neuvième circuit a également statué sur cet argument et l'a écarté.

[46] Bien que je reconnaisse qu'une décision d'une cour d'appel de circuit n'est pas considérée comme un précédent ayant force obligatoire en ce qui concerne les décisions des autres cours de circuits, l'arrêt *Trans-Tec* n'en demeure pas moins l'arrêt le plus récent émanant d'une juridiction d'appel américaine sur l'état du droit dans ce domaine. En conséquence, compte tenu du témoignage d'expert que nous avons entendu, je suis convaincu que la loi américaine reconnaîtrait l'existence d'un privilège maritime pour les approvisionnements nécessaires lorsqu'aux termes d'un contrat d'approvisionnement régi par la loi américaine, un fournisseur étranger fournit des biens ou des services à un navire étranger dans un port étranger.

[47] Aucune des quatre transactions en cause ne comporte d'aspect qui permettrait d'établir une distinction entre les faits de l'espèce et ceux de l'affaire *Trans-Tec*. J'en conclus donc que les trois appelantes m'ont convaincu qu'elles possèdent chacune un privilège maritime à l'égard du *Lanner*.

Dispositif

[48] L'appel sera accueilli et les intimées seront condamnées à payer les sommes suivantes sur le solde du produit de la vente en justice du navire :

- 1) la somme de 415 688,70 \$ en capital à Kent Trade and Finance Inc. avec intérêts à calculer au taux stipulé dans le contrat d'approvisionnement;
- 2) la somme de 225 599,23 \$ en capital à Praxis Energies Agents S.A. avec intérêts à calculer au taux stipulé dans le contrat d'approvisionnement;
- 3) la somme de 6 257,25 \$ en capital à CP3500 International Ltd. avec intérêts à calculer au taux stipulé dans le contrat d'approvisionnement.

[49] Costs will be granted to the appellants both in the Federal Court and in this Court.

RYER J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[50] PELLETIER J.A. (dissenting): I have read the decision of the Chief Justice, and for the reasons which follow, I find that I am unable to agree.

[51] In my view, there are two issues in this appeal. First, what is the effect to be given to the choice of law clause which appears in a different form in each of the contracts in question? Second, what is the effect to be given to *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (1994) (the Act)?

[52] Assuming for the purposes of argument that the interpretation of the contracts in question is subject to United States law, and that the proper construction of the contracts brings the Act into play, one is then left with the fact that the application of the Act is a function of the U.S. Court of Appeals circuit in which a vessel is arrested and sold. If the vessel is arrested and sold within the jurisdiction of the Ninth Circuit, then the effect of the Act is to confer a maritime lien on a foreign supplier of necessities to a foreign ship in a foreign port: see *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9th Cir. 2008) (*Trans-Tec*); paragraph 4 of Mr. Juska's second supplemental affidavit, at page 441 of the supplemental appeal book. If, on the other hand, a vessel is seized and sold in a port falling within the jurisdiction of the Eleventh Circuit, a maritime lien will not be found to exist as a result of supply to a foreign ship in a foreign port by a foreign supplier by virtue of that Court's decision in *Trinidad Foundry and Fabricating Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992) (*Trinidad Foundry*). Since the decision of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals does not overrule the decision of another circuit of the same court, both decisions are

[49] Les dépens sont adjugés aux appelantes tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale.

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

* * *

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

[50] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident) : J'ai lu la décision du juge en chef et, pour les motifs qui suivent, j'estime que je ne puis y souscrire.

[51] À mon avis, il y a deux questions en litige dans le présent appel. La première est celle de l'effet qu'il convient de donner à la clause sur le choix du droit applicable qui apparaît sous une forme différente dans chacun des contrats en question. La seconde concerne l'effet à donner à la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342 (1994) (la Loi).

[52] Si l'on suppose, aux fins du débat, que l'interprétation des contrats en question est assujettie au droit américain et que l'interprétation qu'il convient de donner aux contrats en question fait entrer la Loi en jeu, on se retrouve avec le fait que l'application de la Loi est du ressort de la Cour d'appel des États-Unis dans le circuit où la saisie et la vente du navire ont lieu. Si le navire est saisi et vendu dans le ressort du neuvième circuit, la Loi a alors pour effet de conférer un privilège maritime à un fournisseur d'approvisionnements nécessaires d'un navire étranger situé dans un port étranger (voir l'arrêt *Trans-Tec Asia v. M/V Harmony Container et al.*, 518 F.3d 1120 (9^e Cir. 2008) (*Trans-Tec*); paragraphe 4 du second affidavit supplémentaire de M. Juska, à la page 441 du dossier d'appel supplémentaire). Si, en revanche, le navire est saisi et est vendu dans un port relevant de la compétence du onzième circuit, on ne conclura pas à l'existence d'un privilège maritime par suite de la fourniture, par un fournisseur étranger, d'approvisionnements à un navire étranger dans un port étranger, en raison de la décision de la Cour du onzième circuit dans l'affaire *Trinidad Foundry and Fabricating Ltd. c. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11^e Cir. 1992) (*Trinidad Foundry*).

good law within the geographical limits of the circuit in which they were decided. Both experts agreed that the U.S. Supreme Court has not yet considered this question so that there is no decision binding on all U.S. courts on this question.

[53] The present case involves a ship which was arrested and sold outside the United States, so that the transaction is not one which falls within the geographical jurisdiction of any of the circuits of the U.S. Federal Court of Appeals. Consequently, in so far as Kent Trade and Finance Inc. and Praxis Energy Agents S.A. are concerned, there is no basis for preferring the jurisprudence of one circuit of the U.S. Federal Court of Appeals over another.

[54] This is not a case of a court being forced to choose between conflicting affidavits as to the state of the law of a foreign jurisdiction. It is clear that, in such a case, the court must reach a conclusion on the state of foreign law in spite of the conflict between the experts (*Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116 (B.C.C.A.), at paragraph 11):

It is well settled that a court faced with conflicting opinions as to foreign law is bound to make its own decision as to that law. This is apparent from these passages from two authorities:

(1) It is therefore incumbent upon him to prove the law of the State of Washington. This he must prove as matter of fact by the evidence of persons who are expert in that law... and it is settled law that if the evidence of such witnesses is conflicting or obscure the Court may go a step further and examine and construe the passages cited for itself in order to arrive at a satisfactory conclusion....

Allen v. Hay (1922), 64 S.C.R. 76 at 80-81, Duff J.

(2) As I understand the law of England... when you come to statute law itself, although it is right that *prima facie* what

Comme la décision rendue par un seul circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis n'a pas pour effet d'infirmer la décision rendue par un autre circuit de la même cour, les deux décisions sont valides dans les limites géographiques du ressort dans lequel elles ont été rendues. Les deux experts s'entendent pour dire que, comme la Cour suprême des États-Unis ne s'est pas encore penchée sur la question, il n'existe pas de décision sur la question liant l'ensemble des tribunaux américains.

[53] La présente affaire concerne un navire qui a été saisi et vendu à l'extérieur des États-Unis, de sorte que l'opération n'est pas du ressort de l'un ou l'autre des circuits de la Cour d'appel fédérale des États-Unis. En conséquence, dans la mesure où Kent Trade and Finance Inc. et Praxis Energy Agents S.A. sont concernées, rien ne justifie de préférer la jurisprudence d'un circuit de la Cour d'appel fédérale des États-Unis à celle d'un autre.

[54] Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle le tribunal est forcé de choisir entre des affidavits qui se contredisent au sujet de l'état du droit dans un État étranger. Il est clair qu'en pareil cas, le tribunal doit tirer une conclusion au sujet de l'état du droit étranger malgré la divergence d'opinions entre les experts (*Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)*, [1997] 2 W.W.R. 116 (C.A.C.-B.), au paragraphe 11) :

[TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que, face à des avis contradictoires quant au droit étranger, le tribunal doit tirer ses propres conclusions. C'est bien ce que démontrent les extraits tirés des deux arrêts suivants :

1) Il lui incombe donc de faire la preuve de la loi de l'État de Washington. Le droit étranger doit être établi en tant que question de fait au moyen de la preuve fournie par des personnes qui sont des experts en la matière [...] Il est par ailleurs de jurisprudence constante que lorsque les avis des spécialistes du droit étranger sont contradictoires ou non éclairants pour la Cour, celle-ci peut aller plus loin et examiner et interpréter elle-même les passages de la loi cités afin d'arriver à une conclusion satisfaisante [...]

Allen v. Hay (1922), 64 R.C.S. 76, aux pages 80 et 81, le juge Duff

2) Si j'ai bien compris le droit anglais [...] lorsqu'il s'agit du droit écrit lui-même, même s'il est vrai que, de prime

must be considered is the evidence of the experts and not the text of the law, when the experts differ as to its meaning an English court is entitled and, if it is to perform its function properly, is, indeed, bound, to apply its own mind, fortified by the opinion of the witnesses and giving what weight it thinks ought to be given to it, to the text itself and to examine it in order to make up its mind on the question of interpretation as between the two sets of witnesses.

Rouyer Guillet & Cie. v. Royer Guillet & Co., [1949] All E.R. 244 (C.A.) at 244, Lord Greene M.R. [Emphasis added.]

[55] In this case, while there is a conflict between the opinions of the experts, there is no dispute between them as to the state of the law within the geographical jurisdiction of those circuits of the United States Court of Appeals which have pronounced themselves on the interpretation of the Act. The Ninth Circuit has ruled one way, the Eleventh Circuit has ruled another. Thus, the law to be applied would normally be a function of the circuit in which it is to be applied. As a result, the state of the law depends upon a fact which is absent here, namely the presence of the arrested vessel in a port within the geographical jurisdiction of one or the other of the circuits of the United States Court of Appeals. Given that *Trinidad Foundry*, which ruled against the availability of a maritime lien in the case of foreign suppliers to a foreign ship in a foreign port, was decided in 1992, the parties who wished to take the benefit of the Act could have stipulated the place at which U.S. law was to be determined, and therefore the governing jurisprudence, as CP3500 International Ltd. did in its contract (see paragraph 14 of Mr. de Klerk's affidavit dated October 28, 2004).

[56] In the result, the proof of foreign law fails, not because of the conflicting opinions of the experts, but because the state of the law with respect to maritime liens is, at present, determined by the circuit in which the arrest and sale of the ship occurs. Had the arrest and sale occurred at a U.S. port, the jurisprudence of the Court of Appeals for that circuit would have been applied and the matter resolved. Where the arrest and sale occur outside the United States, and no tie to any particular circuit is proven, then the U.S. law applicable to that transaction has not been proven.

abord, il faille tenir compte du témoignage des experts et non du texte de la loi, lorsque les experts divergent d'opinion au sujet du sens de la loi, un tribunal anglais a le droit et, s'il veut s'acquitter convenablement de sa fonction, le devoir, en s'appuyant sur l'avis des témoins et en lui accordant le poids qu'il estime devoir lui accorder, de se pencher sur le texte lui-même et de l'examiner pour se faire sa propre idée sur la question de l'interprétation à retenir entre celles proposées par les deux témoins.

Rouyer Guillet & Cie. v. Rouyer Guillet & Co., [1949] All E.R. 244 (C.A.), à la page 244, lord Greene, m.r. [Non souligné dans l'original.]

[55] En l'espèce, bien que les experts divergent d'opinion, ils s'entendent au sujet de l'état du droit dans le ressort des circuits de la Cour d'appel des États-Unis qui se sont prononcés sur l'interprétation de la Loi. Le neuvième circuit a statué dans un sens et le onzième circuit a statué dans un autre. Ainsi, la loi applicable dépendrait donc normalement du circuit où elle a vocation à s'appliquer. Il s'ensuit donc que l'état du droit dépend d'un fait qui est absent en l'espèce, en l'occurrence la présence du navire saisi dans un port situé dans le ressort des circuits de la Cour d'appel des États-Unis. Compte tenu du fait que l'arrêt *Trinidad Foundry*, dans lequel on a refusé de reconnaître l'existence d'un privilège maritime aux fournisseurs étrangers d'approvisionnements livrés à un navire étranger dans un port étranger, a été rendu en 1992, les parties qui souhaitaient se prévaloir de cette loi auraient pu préciser le lieu où la loi américaine devait s'appliquer et, partant, la jurisprudence applicable, comme CP3500 International Ltd. l'a fait dans son contrat (voir le paragraphe 14 de l'affidavit souscrit par M. de Klerk le 28 octobre 2004).

[56] En conséquence, la preuve de la loi étrangère n'a pas été établie, non pas en raison d'une divergence d'opinions des experts, mais parce que l'état du droit en ce qui concerne les privilèges maritimes est, pour le moment, déterminé par le circuit dans lequel la saisie et la vente du navire se produisent. Si la saisie et la vente avaient eu lieu dans un port américain, la jurisprudence de la Cour d'appel de ce circuit se serait appliquée et la question aurait été réglée. Lorsque la saisie et la vente se produisent à l'extérieur des États-Unis et qu'aucun lien avec un circuit quelconque n'est établi,

[57] Where there is no proof of foreign law, the *lex fori*, the law of Canada, applies: see *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. looseleaf, Vol. 1 (Markham, Ont.: LexisNexis/Butterworths, 2005), at § 7.4, where Castel and Walker write:

If foreign law is not pleaded or, if pleaded, it is not proved or is insufficiently proved, the court will apply the *lex fori*. It was once said that in the absence of proof the court would presume the foreign law to be the same as the *lex fori*, but it is better to say that in all cases where foreign law is not proved, the *lex fori* prevails as it is the only law available. [Emphasis added.]

[58] The law of Canada does not recognize a maritime lien for the supply of necessities to a vessel so that the claims of Kent Trade and Finance Ltd. and Praxis Energy Agents S.A. to priority over the claims of the ship's mortgagees should be dismissed.

[59] The situation of CP3500 International Ltd. is different in that its choice of law clause provides for arbitration under the laws of the State of Washington. At paragraph 14 of his affidavit dated October 28, 2004, Mr. de Klerk states that Washington State law would include the law of the United States. Since Washington is in the Ninth Circuit, the law to be applied would be the law as stated by the Ninth Circuit of the U.S. Federal Court of Appeals in *Trans-Tec*. Given the connection with the Ninth Circuit, I would apply the interpretation of the Act adopted by the United States Court of Appeals for that circuit and allow CP3500 International Ltd.'s claim for a maritime lien.

[60] In the result, I would dismiss the appeals of Kent Trade and Finance Inc. and Praxis Energy Agents S.A. with costs and allow the appeal of CP3500 International Ltd. with costs.

le droit américain applicable à cette opération n'a pas été établi.

[57] Lorsque le droit étranger n'a pas été prouvé, c'est la *lex fori*, le droit canadien, qui s'applique (*Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6^e éd., feuilles mobiles, vol. 1 (Markham, Ont. : LexisNexis/Butterworths, 2005), au § 7.4, où Castel et Walker écrivent :

[TRADUCTION] Si le droit étranger n'est pas allégué ou, s'il est allégué, s'il n'est pas étayé ou est mal étayé par la preuve, la Cour appliquera la *lex fori*. On dit parfois qu'en l'absence de preuve, le droit étranger est présumé identique à la *lex fori*. Il est préférable de dire que chaque fois que le droit étranger n'a pas été prouvé, c'est la *lex fori* qui s'applique, puisqu'il s'agit du seul droit disponible. [Non souligné dans l'original.]

[58] Le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à un navire. Par conséquent, les réclamations présentées par Kent Trade and Finance Ltd. et par Praxis Energy Agents S.A. en vue d'avoir préséance sur les réclamations des créancières hypothécaires du navire devraient être rejetées.

[59] La situation de CP3500 International Ltd. est différente parce que sa clause sur le choix du droit applicable prévoit un arbitrage selon les lois de l'État de Washington. Au paragraphe 14 de son affidavit du 28 octobre 2004, M. de Klerk explique que le droit de l'État de Washington incorpore le droit des États-Unis. Comme l'État de Washington se trouve dans le neuvième circuit, le droit à appliquer est celui énoncé par le neuvième circuit de la Cour d'appel des États-Unis dans l'arrêt *Trans-Tec*. Compte tenu des liens existant avec le neuvième circuit, j'appliquerais l'interprétation de la Loi retenue par la Cour d'appel des États-Unis pour ce circuit et je ferais droit à la réclamation présentée par CP3500 International Ltd. en vertu du privilège maritime qu'elle revendique.

[60] Je suis par conséquent d'avis de rejeter avec dépens les appels de Kent Trade and Finance Inc. et de Praxis Energy Agents S.A. et de faire droit à l'appel de CP3500 International Ltd. avec dépens.

¹ The petition for a writ of *certiorari* was denied by the U.S. Supreme Court on December 1, 2008 (*Splendid Shipping Sendirian Berhard, Petitioner v. Trans-Tec Asia*, 2008 U.S. LEXIS 8640).

¹ La requête en bref de *certiorari* a été rejetée par la Cour suprême des États-Unis le 1^{er} décembre 2008 (*Splendid Shipping Sendirian Berhard, Petitioner v. Trans-Tec Asia*, 2008 U.S. LEXIS 8640).

T-1612-07
2009 FC 21

T-1612-07
2009 CF 21

Parfums de Coeur, Ltd. (Applicant)

Parfums de Coeur, Ltd. (demanderesse)

v.

c.

Christopher Asta (Respondent)

Christopher Asta (défendeur)

INDEXED AS: PARFUMS DE COEUR, LTD. v. ASTA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PARFUMS DE COEUR, LTD. c. ASTA (C.F.)

Federal Court, Phelan J.—Toronto, September 4, 2008; Ottawa, January 8, 2009.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 4 septembre 2008; Ottawa, 8 janvier 2009.

Trade-marks — Expungement — Application for order removing registration No. TMA604943 from trade-marks register pursuant to Trade-marks Act, s. 57 on basis registration void, invalid because obtained by means of declaration of use containing fraudulent misrepresentation, materially false statement fundamental to registration — Respondent filing application for trade-mark BOD on basis of proposed use — Later signing declaration of use for use of that trade-mark in Canada in association with same original wares — Registration for use of trade-mark in Canada subsequently issued on basis of this declaration of use — Applicant selling products bearing BOD Man trade-mark in Canada, giving notice of intention to commence proceeding to cancel registration — Respondent filing amendment to trade-mark to reflect actual use in respect of wares, i.e. shampoo, conditioner — Amended registration bar to registration of applicant's trade-mark BOD Man — Whether Court should strike amended registration — Act, s. 57 giving Court power, not obligation, to strike out, amend entry from trade-mark register where, on date of application, registration not accurately expressing, defining existing rights of mark owner — Date of application in s. 57 referring to date of application for expungement — Original declaration of use containing critical misstatement, but this misstatement not fraudulent — Registration may be invalidated where (i) fraudulent, intentional misstatements, (ii) innocent misstatements that are material in that without these misstatements, s. 12 barriers to registration insurmountable — Applicant having to show amended registration secured by material misstatement — Attempting to import U.S. doctrine of fraud, according to which any material misstatement sufficient to render registration void — Parliament, Court not embracing that principle — Evidence of use by respondent containing flaws, deficiencies, but on balance sufficient to show use of BOD in relation to shampoo, conditioner — Overbroad statement not sufficient to render mark unregistrable — Misstatement as to scope of use not rendering mark unregistrable in relation to original wares actually

Marques de commerce — Radiation — Demande sollicitant une ordonnance suivant l'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce en vue d'obtenir le retrait au registre des marques de commerce de l'enregistrement n° LMC604943 au motif que l'enregistrement était nul et invalide parce qu'il a été obtenu au moyen d'une déclaration d'emploi contenant une assertion inexacte frauduleuse ou une fausse déclaration importante essentielle à l'enregistrement — Le défendeur a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce BOD sur le fondement de l'emploi projeté — Il a par la suite signé une déclaration d'emploi afin d'utiliser cette marque de commerce au Canada en liaison avec les mêmes marchandises initiales — L'enregistrement de la marque de commerce au Canada a ensuite été délivré sur le fondement de cette déclaration d'emploi — La demanderesse vendait des produits portant la marque de commerce BOD Man au Canada et a donné un avis de son intention d'entreprendre une procédure visant l'annulation de l'enregistrement — Le défendeur a déposé une modification à sa marque de commerce afin de refléter son véritable emploi à l'égard des marchandises, soit du shampooing et du revitalisant — L'enregistrement modifié faisait obstacle à l'enregistrement de la marque de commerce BOD Man de la demanderesse — Il s'agissait de savoir si la Cour devait radier l'enregistrement modifié — L'art. 57 de la Loi donne à la Cour le pouvoir, mais non l'obligation, de biffer ou de modifier une inscription dans le registre des marques de commerce lorsque, à la date de la demande, l'enregistrement n'exprime pas ou ne définit pas exactement les droits existants du propriétaire de la marque — La date de la demande à l'art. 57 renvoie à la date de la demande de radiation — La déclaration d'emploi initiale contenait une déclaration erronée importante, mais il ne s'agissait pas d'une déclaration frauduleuse — L'enregistrement peut être invalidé lorsqu'il s'agit : i) de fausses déclarations frauduleuses intentionnelles, ou ii) de fausses déclarations qui, bien que non intentionnelles, sont importantes car, sans elles, les limites imposées par l'art. 12 à l'enregistrement auraient été insurmontables — La demanderesse devait

put in use — Here, significant respondent amended registration prior to filing of present application by applicant — Canadian law more nuanced, balanced; where misstatement innocent, in good faith, opportunity to amend registration provided in Act, s. 45 — Respondent availing himself of this opportunity, having legitimate basis of right to trademark — Application dismissed.

démontrer que l'enregistrement modifié a été obtenu sur le fondement d'une fausse déclaration importante — Elle a tenté d'importer la doctrine américaine de la fraude selon laquelle une fausse déclaration importante est suffisante pour rendre nul tout enregistrement — Le législateur et la Cour n'ont pas adopté ce principe — La preuve d'emploi de la part du défendeur contenait des failles, mais elle suffisait dans l'ensemble pour démontrer que la marque BOD a été utilisée pour du shampoing et du revitalisant — La portée excessive de la déclaration n'était pas suffisante pour rendre la marque de commerce non enregistrable — La fausse déclaration quant à la portée de l'emploi ne faisait pas en sorte que la marque soit non enregistrable à l'égard des marchandises initiales véritablement employées — En l'espèce, un fait important était que le défendeur a modifié son enregistrement avant que la demanderesse dépose la présente demande — Le droit au Canada est plus nuancé et équilibré; dans le cas où la fausse déclaration est faite de façon non intentionnelle et de bonne foi, il y a une possibilité de modifier l'enregistrement comme le prévoit l'art. 45 de la Loi — Le défendeur s'est prévalu de cette possibilité, ayant par ailleurs un fondement juridique légitime sur la marque de commerce — Demande rejetée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12, 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200), 57.

CASES CITED

APPLIED:

WCC Containers Sales Ltd. v. Haul-All Equipment Ltd. (2003), 28 C.P.R. (4th) 175; 238 F.T.R. 45; 2003 FC 962; *General Motors of Canada v. Décarie Motors Inc.*, [2001] 1 F.C. 665; (2000), 9 C.P.R. (4th) 368; 264 N.R. 69 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Unitel Communications Inc. v. Bell Canada (1995), 61 C.P.R. (3d) 12; 92 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

MacKenzie v. Busy Bee Enterprises International Ltd., [1977] 2 F.C. 124; (1976), 32 C.P.R. (2d) 196 (T.D.); *Tommy Hilfiger Licensing Inc. v. Produits de Qualité I.M.D. Inc.* (2005), 37 C.P.R. (4th) 1; 267 F.T.R. 259; 2005 FC 10.

AUTHORS CITED

Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12, 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200), 57.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

WCC Containers Sales Ltd. c. Haul-All Equipment Ltd., 2003 CF 962; *General Motors du Canada c. Moteurs Décarie Inc.*, [2001] 1 C.F. 665 (C.A.).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Unitel Communications Inc. c. Bell Canada, [1995] A.C.F. n° 613 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

MacKenzie c. Busy Bee Enterprises International Ltd., [1977] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.); *Tommy Hilfiger Licensing Inc. c. Produits de Qualité I.M.D. Inc.*, 2005 CF 10.

DOCTRINE CITÉE

Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3^e éd. Toronto : Carswell, 1972.

APPLICATION for an order removing registration No. TMA604943 from the trade-marks register pursuant to section 57 of the *Trade-marks Act* on the grounds that it is void or invalid because it was obtained by means of a declaration of use which contained either a fraudulent misrepresentation or a materially false statement fundamental to the registration. Application dismissed.

DEMANDE sollicitant une ordonnance suivant l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* en vue d'obtenir le retrait au registre des marques de commerce de l'enregistrement n° LMC604943 au motif que l'enregistrement était nul ou invalide parce qu'il a été obtenu au moyen d'une déclaration d'emploi contenant une assertion inexacte frauduleuse ou une fausse déclaration importante essentielle à l'enregistrement. Demande rejetée.

APPEARANCES

Christine M. Pallotta and *Megan Langley Grainger* for applicant.
Roger Tam for respondent.

ONT COMPARU

Christine M. Pallotta et *Megan Langley Grainger* pour la demanderesse.
Roger Tam pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Bereskin & Parr LLP, Toronto, for applicant.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bereskin & Parr LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Toronto, pour le défendeur.

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

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

PHELAN J.:

LE JUGE PHELAN :

I. INTRODUCTION

[1] Parfums de Coeur, Ltd. (PDC) seeks an order, pursuant to section 57 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13], removing registration No. TMA604943 (registration) from the trade-marks register. The registration is in the name of Christopher Asta (Asta) carrying on business as Asta Hairstyling School.

I. INTRODUCTION

[1] Parfums de Coeur, Ltd. (PDC) sollicite une ordonnance, suivant l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13], en vue d'obtenir le retrait au registre des marques de commerce de l'enregistrement n° LMC604943 (l'enregistrement). L'enregistrement est au nom de Christopher Asta (M. Asta) faisant affaire sous la dénomination sociale d'Asta Hairstyling School.

[2] The grounds of this application are that the registration is void or invalid because it was obtained by means of a declaration of use which contained either a fraudulent misrepresentation or a materially false statement that was fundamental to the registration.

[2] Les motifs invoqués quant à la présente demande sont la nullité ou l'invalidité de l'enregistrement parce qu'il a été obtenu au moyen d'une déclaration d'emploi contenant une assertion inexacte frauduleuse ou une fausse déclaration importante essentielle à l'enregistrement.

II. BACKGROUND

[3] Asta filed a trade-mark application on November 23, 1999, for the trade-mark BOD on the basis of proposed use. The wares in association with the proposed use of the mark were:

Hair care, namely shampoo, conditioner, treatment, styling aids, hairsprays, hairpolish, perms, colours, lighteners, brushes; skin care, namely, bar soap, makeup removers, lotions, moisturizers, treatments, creme, toners, exfoliating scrub, masques, eye treatments and pads, essential oils; cosmetics, namely, makeup, eye shadow, powder, blush, concealer, neutralizer, mascara, colours, pencil, lip colour, nail colour, prime, finish, treatment; body care, namely, moisturizers, bars, exfoliators, body wash, bath oil, bath crystals, bubble bath, body sprays, perfumes (the “Original Wares”). [Emphasis added.]

[4] In his declaration of use signed February 12, 2004, Asta declared that by himself or through a licensee he had commenced use of the trade-mark in Canada in association with the same original wares.

[5] Based on this declaration of use, the registration for the trade-mark BOD was issued on March 11, 2004, covering these original wares.

[6] The applicant, PDC, is a U.S. corporation which began selling products bearing the BOD Man trade-mark in Canada as early as October 2002. PDC had sold body sprays bearing the BOD Man trade-mark in the U.S. since the spring of 2000.

[7] PDC wrote to Asta giving notice of its intention to commence a proceeding to cancel the registration. As a consequence, Asta filed an amendment to his trade-mark to reflect his actual use in respect of wares. The wares in use were “hair care, namely shampoo,

II. LE CONTEXTE

[3] M. Asta a déposé une demande d’enregistrement d’une marque de commerce le 23 novembre 1999, pour la marque de commerce BOD sur le fondement de l’emploi projeté. Les marchandises en liaison avec l’emploi projeté de la marque de commerce étaient les suivantes :

[TRADUCTION] Soin des cheveux, à savoir shampoing, revitalisant, produits de traitement, produits coiffants, laques, produits pour lisser les cheveux, permanentes, produits colorants, produits pour éclaircir, brosses; soin de la peau, à savoir pains de savon, démaquillants, lotions, produits hydratants, produits de traitement, crèmes, lotions toniques, nettoyants exfoliants, masques, traitements et tampons pour les yeux, huiles essentielles; cosmétiques, à savoir maquillage, ombres à paupières, fards à joues, fonds de teint, cache-cernes, produits neutralisants, mascaras, couleurs, crayons, rouges à lèvres, vernis à ongles, produits de base, produits de finition, produits de traitement; soin du corps, à savoir, produits hydratants, savons, produits exfoliants, savons liquides pour le corps, huiles de bain, cristaux de bain, bain moussant, atomiseurs pour le corps, parfums (les « marchandises initiales »). [Non souligné dans l’original.]

[4] Dans sa déclaration d’emploi signée le 12 février 2004, M. Asta a déclaré avoir commencé, par lui-même ou par l’entremise d’un porteur de licence, à employer la marque de commerce au Canada en liaison avec les mêmes marchandises initiales.

[5] Sur le fondement de cette déclaration d’emploi, l’enregistrement de la marque de commerce BOD a été délivré le 11 mars 2004, et couvrait les marchandises initiales.

[6] La demanderesse, PDC, est une société américaine qui a commencé à vendre des produits portant la marque de commerce BOD Man au Canada dès octobre 2002. PDC vendait des atomiseurs pour le corps portant la marque de commerce BOD Man aux États-Unis depuis le printemps 2000.

[7] PDC a écrit à M. Asta afin de l’aviser de son intention d’entreprendre une procédure visant l’annulation de l’enregistrement. En conséquence, M. Asta a déposé une modification à sa marque de commerce afin de refléter son véritable emploi à l’égard

conditioner”. The remaining wares were deleted from the list of original wares.

[8] On October 13, 2006, the Trade-marks Office confirmed that the BOD registration had been amended to reflect the amended use (amended registration).

[9] PDC seeks to strike out the amended registration. This amended registration has been cited by the Trade-marks Office as a bar to the registration of PDC’s trade-mark for BOD Man in association with “men’s fragrances, namely, cologne, eau de toilette, aftershave, scented body sprays and personal deodorants”.

III. ISSUE

[10] The issue in this application is whether, pursuant to section 57, this Court should strike the amended registration.

IV. ANALYSIS

[11] Section 57 of the *Trade-marks Act* gives the Court the power, but not the obligation, to strike out or amend an entry from the trade-marks register where the registration does not “accurately express or define the existing rights of the person appearing to be the registered owner of the mark.”

57. (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, on the application of the Registrar or of any person interested, to order that any entry in the register be struck out or amended on the ground that at the date of the application the entry as it appears on the register does not accurately express or define the existing rights of the person appearing to be the registered owner of the mark.

(2) No person is entitled to institute under this section any proceeding calling into question any decision given by the Registrar of which that person had express notice and from which he had a right to appeal.

des marchandises. Les marchandises employées étaient des produits pour le [TRADUCTION] « soin des cheveux, à savoir shampooing, revitalisant ». Les autres marchandises ont été rayées de la liste des marchandises initiales.

[8] Le 13 octobre 2006, le Bureau des marques de commerce a confirmé que l’enregistrement BOD avait été modifié afin de refléter l’emploi modifié (enregistrement modifié).

[9] PDC sollicite la radiation de l’enregistrement modifié. Le Bureau des marques de commerce s’est retranché derrière cet enregistrement modifié pour refuser l’enregistrement de la marque de commerce BOD Man de PDC en liaison avec [TRADUCTION] « des parfums pour hommes, à savoir eau de Cologne, eau de toilette, lotion après-rasage, atomiseurs parfumés pour le corps et déodorants personnels ».

III. LA QUESTION EN LITIGE

[10] La question en litige dans la présente demande consiste à savoir si, suivant l’article 57, la Cour devrait radier l’enregistrement modifié.

IV. ANALYSE

[11] L’article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* donne à la Cour le pouvoir, mais non l’obligation, de biffer ou de modifier une inscription dans le registre des marques de commerce lorsque l’enregistrement n’« exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque. »

57. (1) La Cour fédérale a une compétence initiale exclusive, sur demande du registraire ou de toute personne intéressée, pour ordonner qu’une inscription dans le registre soit biffée ou modifiée, parce que, à la date de cette demande, l’inscription figurant au registre n’exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque.

(2) Personne n’a le droit d’intenter, en vertu du présent article, des procédures mettant en question une décision rendue par le registraire, de laquelle cette personne avait reçu un avis formel et dont elle avait le droit d’interjeter appel.

[12] The law in Canada has been summarized by Dr. Fox as follows (Harold Fox, *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1972), at pages 252–253, cited with approval in *WCC Containers Sales Ltd. v. Haul-All Equipment Ltd.* (2003), 28 C.P.R. (4th) 175 (F.C.), at paragraph 19 (*WCC*):

It is provided, in s. 18(1), that the registration of a trade mark is invalid if (a) the trade mark was not registrable at the date of registration; (b) the trade mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced; or (c) the trade mark has been abandoned; and subject to s. 17, it is invalid if the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration. There is, however, no provision in the Act under which mis-statements in an application for registration or extension of wares become grounds for invalidating the registration unless the mis-statements had the effect of making the trade mark not registrable under s. 12 of the Act or unless there was a fraudulent misrepresentation. [Emphasis added in *WCC*.]

[13] Further, the term “date of the application” in section 57 refers not to the date of the original application to the Trade-marks Office, which would include the original wares, but to the date of the application for expungement in this Court (*MacKenzie v. Busy Bee Enterprises International Ltd.*, [1977] 2 F.C. 124 (T.D.); *Tommy Hilfiger Licensing Inc. v. Produits de Qualité I.M.D. Inc.* (2005), 37 C.P.R. (4th) 1 (F.C.)). On that date Asta had the amended registration, which was limited to shampoo and conditioner only.

[14] Asta has admitted that the original declaration of use contained a critical misstatement arising from his lack of understanding of the trade-mark system. He said that he believed that as long as he had used the mark BOD in relation to just one of the wares in the list of original wares, then he could file the declaration of use.

[15] The applicant did not push the issue of fraudulent statement that it originally claimed, and it was appropriate for the applicant to refrain from pursuing

[12] M. Fox a résumé comme suit l'état du droit au Canada (Harold Fox, *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 1972), aux pages 252 et 253, extrait cité et approuvé dans *WCC Containers Sales Ltd. c. Haul-All Equipment Ltd.*, 2003 CF 962, au paragraphe 19 (*WCC*) :

[TRADUCTION] Il est prévu, au paragraphe 18(1), que l'enregistrement d'une marque de commerce est invalide lorsque a) la marque de commerce n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement; b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement; c) la marque de commerce a été abandonnée; et, sous réserve de l'article 17, l'enregistrement est invalide si l'auteur de la demande n'était pas la personne ayant le droit de l'obtenir. Cependant, la Loi ne renferme aucune disposition en vertu de laquelle les déclarations erronées contenues dans une demande d'enregistrement ou un ajout de marchandises deviennent des motifs d'invalidation de l'enregistrement, à moins que les déclarations erronées n'aient pour effet de rendre la marque de commerce non enregistrable au sens de l'article 12 ou à moins qu'il n'y ait eu de fausses déclarations frauduleuses. [Souligné dans *WCC*.]

[13] En outre, l'expression « date de cette demande » à l'article 57 renvoie non pas à la date de la demande initiale au Bureau des marques de commerce, qui inclurait les marchandises initiales, mais à la date de la demande de radiation devant la Cour (*MacKenzie c. Busy Bee Enterprises International Ltd.*, [1977] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.); *Tommy Hilfiger Licensing Inc. c. Produits de Qualité I.M.D. Inc.*, 2005 CF 10). À cette date, M. Asta avait l'enregistrement modifié, qui se limitait seulement au shampooing et au revitalisant.

[14] M. Asta a admis que la déclaration d'emploi initiale contenait une déclaration erronée importante découlant de son manque de compréhension du système des marques de commerce. Il a déclaré qu'il croyait que dans la mesure où il avait employé la marque de commerce BOD à l'égard de seulement une des marchandises de la liste de marchandises initiales, alors il pouvait déposer la déclaration d'emploi.

[15] La demanderesse n'a pas donné suite à la question de la déclaration frauduleuse qu'elle avait initialement invoquée et il convenait qu'elle s'abstienne

this avenue. In this case, there is a misstatement, whether innocent or negligent, but it is not fraudulent.

[16] In *General Motors of Canada v. Décarie Motors Inc.*, [2001] 1 F.C. 665 (C.A.), that Court confirmed that a registration could be invalidated by two types of misstatements: (i) fraudulent, intentional misstatements, and (ii) innocent misstatements that are material in the sense that without them the section 12 barriers to registration would have been insurmountable.

[17] There is no question that the identification of the wares was fundamental to the registration and the amended registration. Likewise, there is no question that the registration contained material misstatements. However, if the claim of use as to shampoo and conditioner is accurate, it supports the registration as reflected in the amended registration.

[18] On the basis of the jurisprudence referred to in paragraph 12 of these reasons, for PDC to succeed it must show that the amended registration was secured by material misstatement.

[19] The applicant, in its submissions, attempted to import the U.S. doctrine of fraud on the Trade-marks Office, which does not require real fraud. In that doctrine, material misstatement is sufficient and any material misstatement in the processing of a registration renders the entire resulting registration void. Applied to the current case, the misstatement of use of the original wares would render the amended registration void.

[20] However, the law in Canada (in particular section 57 of the *Trade-marks Act*) and the jurisprudence referred to in these reasons, does not go as far as the U.S. While there is something initially attractive in the notion that a material misstatement in the trade-mark process renders the monopoly granted in the registration

de poursuivre cette voie. Dans la présente affaire, il y a une déclaration erronée, pouvant avoir été commise de bonne foi ou de façon négligente, mais il ne s'agit pas d'une déclaration frauduleuse.

[16] Dans l'arrêt *General Motors du Canada c. Moteurs Décarie Inc.*, [2001] 1 C.F. 665 (C.A.), la Cour d'appel a confirmé que l'invalidité d'un enregistrement pouvait résulter de deux types de fausses déclarations : i) les fausses déclarations frauduleuses intentionnelles, et ii) les fausses déclarations qui, bien que non intentionnelles, sont importantes car, sans elles, les limites imposées par l'article 12 à l'enregistrement auraient été insurmontables.

[17] Il n'y a aucun doute que la détermination des marchandises était essentielle quant à l'enregistrement et à l'enregistrement modifié. De même, il n'y a aucun doute que l'enregistrement contenait de fausses déclarations importantes. Toutefois, si la prétention d'emploi quant au shampoing et au revitalisant est exacte, elle appuie l'enregistrement selon ce qu'indique l'enregistrement modifié.

[18] Compte tenu de la jurisprudence mentionnée au paragraphe 12 des présents motifs, PDC doit démontrer, pour avoir gain de cause, que l'enregistrement modifié a été obtenu sur le fondement d'une fausse déclaration importante.

[19] La demanderesse, dans ses observations, a tenté d'importer au Bureau des marques de commerce la doctrine américaine de la fraude, qui n'exige pas une fraude réelle. Selon cette doctrine, une fausse déclaration importante est suffisante et toute fausse déclaration importante faite lors du traitement d'un enregistrement rend nul tout l'enregistrement en résultant. Lorsqu'on applique cette doctrine à la présente affaire, la fausse déclaration d'emploi de marchandises initiales rendrait nul l'enregistrement modifié.

[20] Toutefois, l'état du droit au Canada (en particulier l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce*) et la jurisprudence mentionnée dans les présents motifs ne vont pas aussi loin que le font les États-Unis. Bien qu'il y ait au départ un certain attrait dans la notion voulant qu'une fausse déclaration importante dans le processus

void, Parliament has not embraced that principle and, absent an amendment to the *Trade-marks Act*, this Court will not do so.

[21] The applicant does allege a misstatement that would affect the amended registration if it carries weight. The applicant says that Asta was not carrying on business as Asta Hairstyling School and therefore there is no evidence of use by the registrant.

[22] While the evidence of use by Asta is somewhat equivocal, the Court is satisfied that Asta meets the requirements for use of the mark. The legal entity at issue is Asta personally—the reference to the trade-name Asta Hairstyling does not negate the fact that the legal owner of the mark is Asta himself.

[23] In addition, while Asta's ownership in Asta Hairstyling School is not well documented, it is a family business in which his father, the original owner of the business, confirmed to Asta that he was one of the owners. In a family-run concern, the absence of rigid legal structures is not unusual and I am prepared to accept Asta's evidence on this issue.

[24] Asta has provided evidence that he began using the shampoo and conditioner in early 2001. This evidence included the purchase of 4 941 bottles of shampoo and conditioner bearing the BOD mark. However, the invoice for the products is to BOD at an address that is not Asta's.

[25] While the evidence of the invoice for the products to Asta is confusing, the product packaging bears the legend of the mark BOD and an address which is Asta's. In addition, Asta provided evidence of direct sales by

des marques de commerce rende nul le monopole accordé par l'enregistrement, le législateur n'a pas adopté ce principe et, en l'absence d'une modification à la *Loi sur les marques de commerce*, la Cour ne le fera pas.

[21] La demanderesse invoque effectivement une fausse déclaration qui, si elle avait du poids, aurait une incidence sur l'enregistrement modifié. La demanderesse dit que M. Asta ne faisait pas affaire sous la dénomination sociale d'Asta Hairstyling School, et que par conséquent il n'y a pas de preuve d'emploi par l'inscrivant.

[22] Bien que la preuve d'emploi par M. Asta soit quelque peu ambiguë, la Cour est convaincue que M. Asta satisfait aux exigences d'emploi de la marque de commerce. La personne juridique en question est M. Asta personnellement — la référence au nom commercial Asta Hairstyling n'invalide pas le fait que le propriétaire en droit de la marque est M. Asta lui-même.

[23] De plus, bien que le droit de propriété de M. Asta dans Asta Hairstyling School ne soit pas bien documenté, il s'agit d'une entreprise familiale dans laquelle le père de M. Asta, le propriétaire initial de l'entreprise, lui a confirmé qu'il était l'un des propriétaires. Dans une entreprise exploitée par une famille, l'absence de structures légales rigides n'est pas inhabituelle et je suis disposé à accepter la preuve présentée par M. Asta à l'égard de cette question.

[24] M. Asta a fourni des éléments de preuve démontrant qu'il a commencé à employer le shampooing et le revitalisant au début de 2001. Ces éléments de preuve incluaient l'achat de 4 941 bouteilles de shampooing et de revitalisant portant la marque BOD. Cependant, la facture pour les produits est établie au nom de BOD à une adresse qui n'est pas celle de M. Asta.

[25] Bien que la preuve de la facture pour les produits de M. Asta porte à confusion, l'emballage du produit porte la légende de la marque BOD et une adresse qui est celle de M. Asta. En outre, M. Asta a fourni des

himself and others to Asta's clients at the hairstyling salon in which he had some type of interest.

[26] While the evidence of use contains numerous flaws and deficiencies, on balance it is sufficient to show first use of BOD in relation to shampoo and conditioner in early 2001.

[27] Asta's excuse for his overly broad declaration of use is that he believed that having used some of the original wares—the shampoo and conditioner—he was entitled to file a declaration in respect of all the original wares. While clearly wrong, this was an innocent (or potentially negligent) misstatement, and was not sufficient to make the mark unregistrable in relation to shampoo and conditioner (see *General Motors of Canada*, above).

[28] In this situation, as in *WCC*, the overbroad misstatement is not sufficient to render the mark unregistrable. In *WCC*, above, the misstatement as to the number of years of use was not sufficient to deem the mark unregistrable. Similarly, here the misstatement as to the scope of use does not render the mark unregistrable in relation to the original wares actually put into use. It is significant to this case that Asta amended his registration prior to the filing of this application by PDC.

[29] The case of *Unitel Communications Inc. v. Bell Canada* (1995), 61 C.P.R. (3d) 12 (F.C.T.D.), is distinguishable in that the flaw was that there was no use by the owner at all. In that case, a subsequent change to the registration could not cure the fundamental defect in the declaration of use. In contrast, in this current situation, the registrant has used the mark but not as broadly as claimed. The amended registration covers only the wares that were put into use.

éléments de preuve démontrant des ventes directes par lui-même et par d'autres à ses clients au salon de coiffure dans lequel il avait un certain type d'intérêt.

[26] Bien que la preuve d'emploi contienne de nombreuses failles, elle est suffisante dans l'ensemble pour démontrer que la marque BOD pour du shampooing et du revitalisant a été utilisée pour la première fois au début de 2001.

[27] M. Asta justifie la portée excessive de sa déclaration d'emploi en disant qu'il croyait que puisqu'il avait utilisé certaines des marchandises initiales — shampooing et revitalisant — il avait le droit de produire une déclaration à l'égard de toutes les marchandises initiales. Cette fausse déclaration, bien qu'elle soit clairement erronée, était une fausse déclaration non intentionnelle (ou potentiellement négligente) et elle n'était pas suffisante pour faire en sorte que la marque de commerce ne soit pas enregistrable relativement au shampooing et au revitalisant (voir *General Motors du Canada*, précité).

[28] Dans la présente situation, comme dans *WCC*, la portée excessive de la fausse déclaration n'est pas suffisante pour rendre la marque de commerce non enregistrable. Dans *WCC*, précité, la fausse déclaration quant au nombre d'années de l'emploi de la marque n'était pas suffisante pour qu'il soit présumé que la marque de commerce était non enregistrable. De même, en l'espèce, la fausse déclaration quant à la portée de l'emploi ne fait pas en sorte que la marque soit non enregistrable à l'égard des marchandises initiales véritablement employées. Dans la présente affaire, un fait important est que M. Asta a modifié son enregistrement avant que PDC dépose la présente demande.

[29] La décision *Unitel Communications Inc. c. Bell Canada*, [1995] A.C.F. n° 613 (1^{re} inst.) (QL), est de nature différente en ce que la faille était que le propriétaire n'avait fait aucun emploi que ce soit. Dans cette affaire, une modification subséquente à l'enregistrement ne pouvait pas remédier au défaut fondamental de la déclaration d'emploi. Au contraire, dans la présente situation, l'inscrivait avait employé la marque, mais d'une manière moins étendue que ce qu'il

[30] The applicant has advanced a policy basis for its claim for expungement—that there must be an incentive to tell the truth. The applicant relies on the U.S. model of draconian results for even an innocent mistake.

[31] Canadian law is more nuanced and balanced. Canadian law looks to substance—an intentional misstatement should and would void a registration. However, where the misstatement is innocent and in good faith, there is an opportunity to amend the registration as provided in section 45 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200] of the Act.

[32] The respondent having availed himself of this opportunity to amend, the Court is not prepared to exercise its powers under section 57 to deprive the respondent of the trade-mark in respect of shampoo and conditioner to which he otherwise has a legitimate basis of right.

V. CONCLUSION

[33] Therefore, this application will be dismissed with costs.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application is dismissed with costs.

prétendait. L'enregistrement modifié couvre seulement les marchandises employées.

[30] La demanderesse a avancé un fondement de principe quant à sa demande de radiation — soit qu'il doit y avoir une incitation à dire la vérité. La demanderesse s'appuie sur le modèle américain de résultats draconiens, même pour une erreur non intentionnelle.

[31] Le droit au Canada est plus nuancé et équilibré. Le droit canadien s'arrête au fond — une fausse déclaration intentionnelle devrait rendre nul, et rendra nul, un enregistrement. Cependant, dans les cas où la fausse déclaration est faite de façon non intentionnelle et de bonne foi, il y a une possibilité de modifier l'enregistrement comme le prévoit l'article 45 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200] de la Loi.

[32] Puisque le défendeur s'est prévalu de cette possibilité de modifier l'enregistrement, la Cour n'est pas disposée à exercer son pouvoir prévu par l'article 57 de priver le défendeur de la marque de commerce à l'égard du shampoing et du revitalisant sur lesquels il a par ailleurs un fondement juridique légitime.

V. CONCLUSION

[33] Par conséquent, la présente demande sera rejetée avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR REJETTE la présente demande avec dépens.

A-149-08
2008 FCA 401

A-149-08
2008 CAF 401

**Amnesty International Canada and British Columbia
Civil Liberties Association** (*Appellants*)

**Amnistie internationale Canada et l'Association
des libertés civiles de la Colombie-Britannique**
(*appelantes*)

v.

c.

**Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces,
Minister of National Defence and Attorney General
of Canada** (*Respondents*)

**Le Chef d'état-major de la Défense des Forces
canadiennes, le ministre de la Défense nationale et le
procureur général du Canada** (*intimés*)

and

et

Canadian Civil Liberties Association (*Intervener*)

L'Association canadienne des libertés civiles
(*intervenante*)

**INDEXED AS: AMNESTY INTERNATIONAL CANADA v. CANADA
(CHIEF OF THE DEFENCE STAFF) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : AMNISTIE INTERNATIONALE CANADA c.
CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Desjardins and
Noël J.J.A.—Ottawa, December 10 and 17, 2008.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard,
juges Desjardins et Noël, J.C.A.—Ottawa, 10 et
17 décembre 2008.

Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — (1) Whether Charter applying to detention of non-Canadians by Canadian Forces (CF) in Afghanistan, transfer of these individuals to Afghan authorities — (2) If not, whether Charter nonetheless applying if transfer of detainees exposing them to substantial risk of torture — As to latter question Canada (Justice) v. Kadhr not changing principles applicable to concepts of territoriality, comity set out in R. v. Hape — Factual underpinning in Kadhr different from present case — Deference, comity ending where clear violations of international law, human rights — However, Charter not necessarily applying as result of violations; all circumstances must be examined — As to first question, CF having no “effective control” over territory in Afghanistan — As such, not possible to give Charter territorial application over Afghan territory, people — Motions Judge not erring in rejecting notion of “effective control over person” on basis problematic in context of multinational military effort, giving preference to consent-based test developed in Hape — Charter having no application herein — Appeal dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — 1) Il s'agissait de savoir si la Charte s'appliquait à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes (FC) en Afghanistan et au transfèrement de ces personnes aux autorités afghanes — 2) Si la réponse était non, il s'agissait de savoir si la Charte s'appliquait néanmoins si le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture — S'agissant de la deuxième question, l'arrêt Canada (Justice) c. Kadhr n'a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité et de courtoisie formulées dans l'arrêt R. c. Hape — Le fondement factuel de l'arrêt Kadhr diffère de celui des présentes — Le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne — Cependant, la Charte ne s'applique pas nécessairement en raison de ces violations; il faut examiner l'ensemble des circonstances — S'agissant de la première question, les FC n'exercent pas de « contrôle effectif » sur le territoire de l'Afghanistan — Il n'était donc pas possible de permettre une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans — La juge des requêtes n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a rejeté la notion d'« autorité réelle sur la personne » comme présentant des difficultés dans le contexte d'une opération militaire multinationale et lorsqu'elle a préféré adopter le

Armed Forces — Charter not applicable to non-Canadians detained by Canadian Forces (CF) deployed in Afghanistan, transfer of these individuals to Afghan authorities — Factual underpinning in Canada (Justice) v. Kadr different from present case, where foreigners with no attachment to Canada held in CF detention facilities in Afghanistan — CF having no effective control over territory in Afghanistan — Afghan authorities consenting to application of Canadian law to Canadian personnel only.

International Law — Non-Canadians detained by Canadian Forces (CF) in Afghanistan — CF not occupying force — Governing authorities not acquiescing to extension of Canadian law over Afghan nationals — International law, including humanitarian law, identified by Afghan, Canadian governments as governing treatment of detainees in Canadian custody — While Afghan authorities consenting to application of Canadian law to all “Canadian personnel”, this consent specifically excluding Afghan nationals.

This was an appeal from a Federal Court order made pursuant to rule 107 of the *Federal Courts Rules* in which the motions Judge dismissed an application for judicial review with respect to detainees held by the Canadian Forces (CF) in the Islamic Republic of Afghanistan and to the transfer of these individuals to Afghan authorities. The motions Judge found that the Charter did not apply in these circumstances.

The questions which were determined by the motions Judge under the rule 107 motion were: (1) whether the Charter applied during the armed conflict in Afghanistan to the detention of non-Canadians by the CF or their transfer to Afghan authorities; and, in the negative, (2) whether the Charter would nonetheless apply if the appellants were able to establish that the transfer of the detainees would expose them to a substantial risk of torture.

Held, the appeal should be dismissed.

The Supreme Court did not, in *R. v. Hape*, create a fundamental human rights exception to the general rule against territoriality. *Canada (Justice) v. Kadr* which was rendered after the decision under appeal herein, has not changed the principles applicable to the concepts of territoriality and comity set out in *Hape*. *Kadr* stands as a

critère fondé sur le consentement élaboré dans l’arrêt Hape — La Charte ne s’appliquait pas en l’espèce — Appel rejeté.

Forces armées — La Charte ne s’applique pas à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes (FC) déployées en Afghanistan ou au transfèrement de ces personnes aux autorités afghanes — Le fondement factuel de l’arrêt Canada (Justice) c. Kadr diffère de celui des présentes, où des étrangers n’ayant aucune espèce d’attache avec le Canada sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan — Les FC n’exercent pas de contrôle effectif sur le territoire de l’Afghanistan — Les autorités afghanes ont seulement consenti à l’application du droit canadien au personnel canadien.

Droit international — Non-Canadiens détenus par les Forces canadiennes (FC) en Afghanistan — Les FC ne sont pas une force d’occupation — Le gouvernement afghan n’a pas consenti à ce que le champ d’application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans — Les gouvernements afghan et canadien avaient désigné le droit international, y compris le droit humanitaire, comme régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada — Bien que le gouvernement afghan ait consenti à l’application du droit canadien à l’ensemble du « personnel canadien », ce consentement excluait spécifiquement les ressortissants afghans.

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre de l’ordonnance rendue par la Cour fédérale en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales* dans laquelle la juge des requêtes a rejeté une demande de contrôle judiciaire concernant des prisonniers détenus par les Forces canadiennes (FC) sur le territoire de la République islamique d’Afghanistan et leur transfèrement aux autorités afghanes. La juge des requêtes a statué que la Charte ne s’appliquait pas dans ces circonstances.

Les questions suivantes ont été tranchées par la juge des requêtes dans le cadre de la requête fondée sur la règle 107, soit celles de savoir : 1) si la Charte s’appliquait durant le conflit armé en Afghanistan à la détention de non-Canadiens par les FC ou à leur transfèrement aux autorités afghanes; et, dans la négative, 2) si la Charte s’appliquerait néanmoins si les appelants étaient en mesure d’établir que le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

La Cour suprême n’a pas, dans l’arrêt *R. c. Hape*, créé d’exception fondée sur les droits fondamentaux de la personne à l’encontre de la règle générale de la compétence fondée sur la territorialité. L’arrêt *Canada (Justice) c. Kadr*, qui a été rendu après la décision portée en appel en l’espèce, n’a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité

case where a Canadian citizen obtained disclosure of documents held in Canada and produced by Canadian officials for a breach of his Charter rights by Canadian officials participating in a foreign process that violated Canada's international human rights obligations. The factual underpinning in *Kadhr* can be distinguished from the situation of the present case, where foreigners with no attachment to Canada or its laws are held in CF detention facilities in Afghanistan. Deference and comity end where clear violations of international law and human rights begin, but the Charter does not necessarily apply as a result of these violations; all the circumstances in a given situation must be examined before it can be said that the Charter applies. The motions Judge did not err in answering the second question in the negative.

The key issue in the first question was whether the CF have "effective control" over territory in Afghanistan so that the Charter should be given territorial application over Afghan territory and people. As the detention facilities at the Kandahar Airfield are also shared by several International Security and Assistance Force countries, the control over these facilities by the CF cannot be considered effective. Moreover, the CF are not an occupying force. They are in Afghanistan at the request of the governing authority, which has not acquiesced to the extension of Canadian law over its nationals. In fact, there was evidence before the motions Judge that both the governments of Afghanistan and Canada have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody. There was also evidence that the Government of Afghanistan has expressly consented to the application of Canadian law to all "Canadian personnel". The motions Judge concluded that this consent specifically excludes Afghan nationals. There was no reason to intervene with these findings.

Finally, the motions Judge did not err in rejecting the notion of "effective control over the person" as being problematic in the context of a multinational military effort and by giving preference to the consent-based test developed in *Hape*.

et de courtoisie formulées dans l'arrêt *Hape*. L'arrêt *Kadhr* représente un exemple où un citoyen a obtenu la communication de documents gardés au Canada et produits par des représentants canadiens du fait que ces derniers ont violé les droits que lui garantit la Charte en participant à un processus étranger contrevenant aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Une distinction peut être opérée entre le fondement factuel de l'arrêt *Kadhr* et la situation en l'espèce, où des étrangers n'ayant aucune espèce d'attache avec le Canada ou ses lois sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan. Le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne, mais la Charte ne s'applique pas nécessairement en raison de ces violations; il faut examiner l'ensemble des circonstances propres à une situation donnée avant de pouvoir affirmer que la Charte s'applique. La juge des requêtes n'a commis aucune erreur en répondant à la deuxième question par la négative.

Le point clé dans la première question consistait essentiellement à déterminer si les FC exercent un « contrôle effectif » sur une partie du territoire de l'Afghanistan, permettant ainsi une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans. Comme les établissements de détention situés à l'aéroport de Kandahar sont partagés avec plusieurs pays membres de la Force internationale d'assistance et de sécurité, le contrôle exercé par les FC sur ces établissements de détention ne peut pas être considéré comme un contrôle effectif. Qui plus est, les FC ne sont pas une force d'occupation — leur présence en Afghanistan s'est faite à la demande des pouvoirs en place, qui n'ont pas consenti à ce que le champ d'application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans. En fait, la juge des requêtes disposait d'éléments de preuve démontrant que les gouvernements afghan et canadien avaient expressément désigné le droit international, y compris le droit international humanitaire, comme l'ensemble des règles régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada. En outre, des éléments de preuve démontraient que le gouvernement afghan avait expressément consenti à l'application du droit canadien à l'ensemble du « personnel canadien ». La juge des requêtes a conclu que ce consentement excluait spécifiquement les ressortissants afghans. L'intervention de la Cour n'était donc pas justifiée.

Enfin, la juge des requêtes n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a rejeté la notion d'« autorité réelle sur la personne » comme présentant des difficultés dans le contexte d'une opération militaire multinationale et lorsqu'elle a préféré adopter le critère fondé sur le consentement élaboré dans l'arrêt *Hape*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38-38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).
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. 6, 7, 10, 12, 24(1).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 107.
Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I to IV.

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Canada (Justice) v. Khadr, [2008] 2 S.C.R. 125; (2008), 293 D.L.R. (4th) 629; 72 Admin. L.R. (4th) 1; 2008 SCC 28.

CONSIDERED:

R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 16; 2007 SCC 26.

REFERRED TO:

Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99, decision dated 12 December 2001 (E.C.H.R. (Grand Chamber)).

APPEAL from an order of the Federal Court ([2008] 4 F.C.R. 546; 2008 FC 336) made pursuant to rule 107 of the *Federal Courts Rules* in which the motions Judge found that the Charter did not apply to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces or their transfer to the Afghan authorities, even if it were established that this transfer would expose the detainees to a substantial risk of torture. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Paul Champ and *Bijon Roy* for appellants.
J. Sanderson Graham and *R. Jeff Anderson* for respondents.
Earl A. Cherniak, Q.C., *Jasmine T. Akbarali* and *Shannon M. Puddister* for interveners.

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. 6, 7, 10, 12, 24(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 107.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Canada (Justice) c. Khadr, [2008] 2 R.C.S. 125; 2008 CSC 28.

DÉCISION EXAMINÉE :

R. c. Hape, [2007] 2 R.C.S. 292; 2007 CSC 26.

DÉCISIONS CITÉES :

Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004); *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants*, requête n° 52207/99, décision en date du 12 décembre 2001 (C.E.D.H. (Grande Chambre)).

APPEL interjeté à l'encontre de l'ordonnance ([2008] 4 R.C.F. 546; 2008 CF 336) rendue par la Cour fédérale en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales* dans laquelle la juge des requêtes a statué que la Charte ne s'appliquait pas à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes même s'il était établi que le transfèrement des détenus les exposerait à un risque élevé de torture. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Paul Champ et *Bijon Roy* pour les appelantes.
J. Sanderson Graham et *R. Jeff Anderson* pour les intimés.
Earl A. Cherniak, c.r., *Jasmine T. Akbarali* et *Shannon M. Puddister* pour l'intervenante.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
Ottawa, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for
respondents.
Lerners LLP, Toronto, for intervener.

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

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal from an order of Mactavish J. (the motions Judge) of the Federal Court ([2008] 4 F.C.R. 546) made pursuant to rule 107 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

[2] The appellants brought an application for judicial review with respect to detainees held by the Canadian Forces (the CF) in the Islamic Republic of Afghanistan and to the transfer of these individuals to Afghan authorities. The appellants sought various forms of declaratory relief, including a declaration that sections 7, 10 and 12 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) apply to the detainees. The respondents in this application are the Chief of the Defence Staff for the CF, the Minister of National Defence, and the Attorney General of Canada.

[3] As both parties agreed that the application for judicial review would fail if the Charter is not found to apply to the actions of the CF in these circumstances, they jointly decided to have this issue determined by rule 107 motion on the basis of the following questions:

1. Does the Charter apply during the armed conflict in Afghanistan to the detention of non-Canadians by the Canadian Forces or their transfer to Afghan authorities to be dealt with by those authorities?

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
Ottawa, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour les
intimés.
Lerners LLP, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance rendue par la juge Mactavish (la juge des requêtes) ([2008] 4 R.C.F. 546), de la Cour fédérale, en vertu de la règle 107 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[2] Les appelantes ont présenté une demande de contrôle judiciaire concernant des prisonniers détenus par les Forces canadiennes (les FC) sur le territoire de la République islamique d'Afghanistan et leur transfèrement aux autorités afghanes. Elles sollicitent divers jugements déclaratoires, notamment une déclaration portant que les articles 7, 10 et 12 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) s'appliquaient aux détenus. Les intimés, en l'espèce, sont le chef d'état-major de la Défense des FC, le ministre de la Défense nationale et le procureur général du Canada.

[3] Les deux parties ayant convenu que la demande de contrôle judiciaire devait échouer si la Cour concluait à l'inapplicabilité de la Charte eu égard aux actions des FC dans les circonstances de l'espèce, elles ont décidé conjointement de faire trancher cette question au moyen d'une requête fondée sur la règle 107, dans laquelle elles soulèvent les questions suivantes :

1. La Charte s'applique-t-elle, durant le conflit armé qui se déroule en Afghanistan, à la détention de non-Canadiens par les Forces canadiennes ou à leur transfèrement aux autorités afghanes et leur prise en charge par ces dernières?

2. If the answer to the above question is “no” then would the Charter nonetheless apply if the applicants were ultimately able to establish that the transfer of the detainees in question would expose them to a substantial risk of torture?

[4] After answering both of these questions in the negative, the motions Judge dismissed the application for judicial review.

[5] For the reasons that follow, I am in agreement with her reasons for judgment and with her disposition of the case.

Question 2

[6] The appellants addressed the second question first.

[7] They submit that in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), the Supreme Court of Canada adopted a new test for determining when the Charter should apply to Canadian authorities’ action abroad. They say (at paragraph 36 of their memorandum) that the majority opinion indicated that “the principles of sovereign equality and comity supported a general rule that the application of the *Charter* to Canadian authorities on foreign soil was prohibited ‘absent either the consent of the other state or, in exceptional cases, some other basis under international law’” (underlined in the text). The appellants claim (at paragraph 37 of their memorandum) that “the majority’s reasons in *Hape* also seemed to suggest that, in addition to consent, violations of fundamental human rights could constitute another exception to its exclusionary jurisdictional rule”.

[8] The motions Judge, the appellants say, reviewed these passages in *Hape*, but ultimately she concluded that the Supreme Court of Canada did not create a fundamental human rights exception to the general rule

2. Si la réponse à la question précédente est « non », la Charte s’appliquerait-elle néanmoins si les auteurs de la requête étaient en mesure d’établir que le transfèrement des détenus en question les exposerait à un risque élevé de torture?

[4] Après avoir répondu à chacune de ces questions par la négative, la juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

[5] Pour les motifs énoncés ci-après, je souscris aux motifs exposés par la juge des requêtes et à sa décision.

Question 2

[6] Les appelantes ont choisi de traiter d’abord de la seconde question.

[7] Elles soutiennent que dans l’arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), la Cour suprême du Canada a adopté un nouveau critère servant à déterminer dans quels cas la Charte devrait s’appliquer aux actions des autorités canadiennes à l’étranger. Selon elles (au paragraphe 36 de leur mémoire), les juges de la majorité ont indiqué que [TRADUCTION] « les principes de l’égalité souveraine des États et de courtoisie internationale justifient l’adoption d’une règle générale autorisant l’application de la *Charte* aux autorités canadiennes se trouvant en sol étranger “seulement [si le Canada] obtient le consentement de l’État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l’y autorise par ailleurs” » (souligné dans le texte). Les appelantes prétendent (au paragraphe 37 de leur mémoire) que [TRADUCTION] « les motifs de la majorité dans *Hape* semblent aussi laisser entendre que, outre le consentement de l’État concerné, la présence de violations des droits fondamentaux de la personne pourraient constituer une autre exception à la règle interdisant l’exercice extraterritorial de la compétence ».

[8] Selon les appelantes, la juge des requêtes a examiné ces passages tirés de l’arrêt *Hape*, mais a conclu ultimement que la Cour suprême du Canada n’avait pas créé d’exception fondée sur les droits

against territoriality. Not long after her ruling, add the appellants, a unanimous Supreme Court of Canada in *Canada (Justice) v. Khadr*, [2008] 2 S.C.R. 125 (*Khadr*), “confirmed that *Hape* did indeed find that the Charter applied extraterritorially in respect of fundamental human rights violations at international law” (appellants’ memorandum, at paragraph 37).

[9] In my view, *Khadr* has not changed the principles applicable to the concepts of territoriality and of comity set out by the Supreme Court of Canada in *Hape*.

[10] *Khadr* was a Canadian citizen who was claiming access to all documents in the possession of Canadian authorities that were relevant to his defence in proceedings before a U.S. military tribunal.

[11] The Supreme Court of Canada held that, subject to section 38 ff. of the *Canada Evidence Act* (R.S.C., 1985, c. C-5 [sections 38 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)]), *Khadr* should be given access to the records and information that Canadian officials gave to the U.S. military authorities as a result of the interviews the Canadian officials conducted with *Khadr* at Guantánamo Bay (*Khadr*, at paragraph 37). The basis for the Court’s decision was that Canada had participated in U.S. procedures that, pursuant to the decision of the U.S. Supreme Court in *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), denied the detainees access to *habeas corpus* contrary to U.S. laws and were in violation of the Geneva Conventions [see *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, Schedules I to IV] to which the U.S. were signatories. The Supreme Court of Canada held that the holdings of the U.S. Supreme Court were based on principles consistent with the Charter and Canada’s international obligations (*Khadr*, at paragraph 21). Consequently, the participation of Canadian officials in the illegal U.S. military procedures was, to the extent of that participation, in violation of Canada’s international obligations and with the principles embodied in the Charter. *Khadr*’s rights under section 7 of the Charter had been violated and he was entitled to a

fondamentaux de la personne à l’encontre de la règle générale de la compétence fondée sur la territorialité. Or, peu de temps après qu’elle ait rendu sa décision, ajoutent les appelantes, la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125 (*Khadr*), [TRADUCTION] « a confirmé qu’elle avait en effet conclu, dans l’arrêt *Hape*, à l’application extraterritoriale de la Charte en cas de violations de droits fondamentaux de la personne reconnus par le droit international » (au paragraphe 37 du mémoire des appelantes).

[9] À mon sens, l’arrêt *Khadr* n’a pas modifié les principes applicables aux notions de territorialité et de courtoisie formulées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hape*.

[10] M. *Khadr*, un citoyen canadien, réclamait l’accès à tous les documents en possession des autorités canadiennes pouvant être utiles pour assurer sa défense devant un tribunal militaire américain.

[11] La Cour suprême du Canada a jugé que, sous réserve des articles 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada* (L.R.C. (1985), ch. C-5 [articles 38 à 38.16 (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)]), M. *Khadr* avait droit à la communication des documents et des renseignements que les représentants du Canada avaient transmis aux autorités militaires américaines par suite des entretiens qu’ils avaient eus avec lui à la baie de Guantánamo (*Khadr*, au paragraphe 37). La Cour justifiait sa décision par le fait que le Canada avait participé à une procédure américaine qui, conformément à ce qu’avait décidé la Cour suprême des États-Unis dans *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), privait les détenus du recours à l’*habeas corpus*, ce qui était contraire aux lois américaines et contrevenait aux Conventions de Genève [voir la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexes I à IV] dont les États-Unis étaient signataires. La Cour suprême du Canada a statué que les conclusions de la Cour suprême des États-Unis reposaient sur des principes compatibles avec la Charte et les obligations du Canada en droit international (*Khadr*, au paragraphe 21). Par conséquent, la participation des représentants du Canada à la procédure illégale des autorités militaires américaines était, dans la mesure de cette participation, contraire

remedy under subsection 24(1) of the Charter. The disclosure order granted by the Supreme Court of Canada remained territorial and was the following (*Khadr*, at paragraph 37):

The appellants must disclose (i) all records in any form of the interviews conducted by Canadian officials with Mr. Khadr, and (ii) records of any information given to U.S. authorities as a direct consequence of Canada's having interviewed him. This disclosure is subject to the balancing of national security and other considerations as required by ss. 38 ff. of the *Canada Evidence Act*.

[12] The order did not refer to any possible U.S. document which might have been given to Canadian authorities by U.S. authorities. While the assistance of the Canadian officials had been extraterritorial, the Supreme Court of Canada made it clear that "the *Hape* comity concerns that would ordinarily justify deference to foreign law have no application here" (*Khadr*, at paragraph 26).

[13] Given the holdings of the U.S. Supreme Court, no issue of deference to U.S. laws arose. *Khadr* stands therefore as a case where a Canadian citizen obtained disclosure of documents held in Canada and produced by Canadian officials for a breach of his rights under section 7 of the Charter by Canadian officials participating in a foreign process that violated Canada's international human rights obligations.

[14] The factual underpinning of this decision is miles apart from the situation where foreigners, with no attachment whatsoever to Canada or its laws, are held in CF detention facilities in Afghanistan.

aux obligations internationales du Canada et aux principes consacrés dans la Charte. Les droits conférés à M. Khadr par l'article 7 de la Charte avaient été violés; celui-ci avait donc le droit d'obtenir une réparation sous le régime du paragraphe 24(1) de la Charte. L'ordonnance de communication décernée par la Cour suprême du Canada, qui n'avait pas reçu de portée extraterritoriale, était ainsi libellée (*Khadr*, au paragraphe 37) :

Les appelants doivent communiquer (i) tous les documents, sous quelque forme, relatifs aux entretiens des responsables canadiens avec M. Khadr, ainsi que (ii) tout renseignement dont la communication aux autorités américaines découle directement du fait que le Canada a interrogé M. Khadr. La communication demeure conditionnée par la prise en compte de la sécurité nationale et d'autres considérations conformément aux art. 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[12] L'ordonnance ne fait pas mention de possibles documents américains qu'auraient pu transmettre les autorités des États-Unis aux autorités canadiennes. Malgré le caractère extraterritorial de l'assistance offerte par les représentants canadiens, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que « le souci de courtoisie manifesté dans l'arrêt *Hape* et qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s'applique aucunement en l'espèce » (*Khadr*, au paragraphe 26).

[13] Compte tenu des conclusions de la Cour suprême des États-Unis, la question du respect des lois américaines ne se posait pas. Par conséquent, l'arrêt *Khadr* représente un exemple où un citoyen canadien a obtenu la communication de documents gardés au Canada et produits par des représentants canadiens, du fait que ces derniers ont violé les droits que lui garantit l'article 7 de la Charte en participant à un processus étranger contrevenant aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne.

[14] Le fondement factuel de cette décision se situe à mille lieues de la situation où des étrangers n'ayant aucune espèce d'attache avec le Canada ou ses lois sont sous garde dans des établissements de détention des FC en Afghanistan.

[15] This is indeed the characterization given by the appellants in their memorandum of fact and law (at paragraph 34), which reads:

The present case is the first time Canadian courts have considered whether individuals detained by the Canadian military on foreign soil can claim the protections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[16] In his oral submission, counsel for the appellants indicated that his claim pertains to the application of the Charter on the actions of CF personnel as opposed to individuals detained by the CF. This new characterization still supposes that the Charter would apply to foreigners since restraint of CF personnel is possible only if foreigners indeed have Charter rights.

[17] The motions Judge could not have commented on *Khadr* since the Supreme Court of Canada's decision was delivered after her decision was rendered. But she did comment on *Hape*.

[18] She analysed in detail the appellants' submission with regard to *Hape* and concluded (at paragraph 324 of her reasons):

As a consequence, it is clear that the majority decision in *Hape* did not create a "fundamental human rights exception" justifying the extraterritorial assertion of Charter jurisdiction where such jurisdiction would not otherwise exist.

[19] It is important to return to the words used by the Supreme Court of Canada in *Khadr* where the Court cites *Hape*. At paragraph 18 of *Khadr*, what the full bench of the Supreme Court said about *Hape* is the following:

In *Hape*, however, the Court stated an important exception to the principle of comity. While not unanimous on all the principles governing extraterritorial application of the *Charter*, the Court was united on the principle that comity cannot be used to justify Canadian participation in activities of a foreign state or its agents that are contrary to Canada's international obligations. It was held that the deference required by the principle of comity "ends where clear

[15] Dans leur mémoire (au paragraphe 34), les appelantes qualifient ainsi la situation en l'espèce :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, les tribunaux canadiens ont pour la première fois l'occasion de décider si les personnes détenues par l'armée canadienne en sol étranger peuvent invoquer les garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[16] Dans sa plaidoirie, l'avocat des appelantes a indiqué que sa demande se rapportait à l'application de la Charte non pas aux individus détenus par les FC mais aux actes du personnel des FC. Cette nouvelle façon de qualifier l'affaire suppose également que la Charte s'appliquerait aux étrangers puisqu'il n'est possible de restreindre l'action du personnel des FC que si les étrangers disposent de droits en vertu de la Charte.

[17] Puisque sa décision est antérieure au jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Khadr*, la juge des requêtes n'a pu commenter cet arrêt. Elle s'est toutefois prononcée sur l'arrêt *Hape*.

[18] Ayant procédé à une analyse détaillée des prétentions des appelantes concernant l'arrêt *Hape*, la juge des requêtes a tiré cette conclusion (au paragraphe 324 de ses motifs) :

Il est donc clair que la décision majoritaire dans *Hape* n'a pas créé d'« exception au titre des droits fondamentaux de l'homme » justifiant d'affirmer l'extraterritorialité de la compétence au titre de la Charte, compétence qui sinon n'existerait pas.

[19] Il importe de rappeler les termes qu'utilise la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr* lorsqu'elle reprend des extraits de l'arrêt *Hape*. Au paragraphe 18 de l'arrêt *Khadr*, la Cour suprême, en formation plénière, a tenu les propos suivants au sujet de l'arrêt *Hape* :

Or, dans l'arrêt *Hape*, notre Cour a établi une exception importante au principe de la courtoisie. Bien que les juges n'aient pas tous convenu des principes régissant l'application extraterritoriale de la *Charte*, ils ont estimé à l'unanimité que la courtoisie ne pouvait justifier la participation du Canada aux activités d'un État étranger ou de ses représentants qui vont à l'encontre des obligations internationales du Canada. Ainsi, le respect que commande la courtoisie « cesse dès la

violations of international law and fundamental human rights begin” (*Hape*, at paras. 51, 52 and 101, *per* LeBel J.). The Court further held that in interpreting the scope and application of the Charter, the courts should seek to ensure compliance with Canada’s binding obligations under international law (para. 56, *per* LeBel J.). [Emphasis is mine.]

[20] I understand the Supreme Court of Canada to say that deference and comity end where clear violations of international law and fundamental human rights begin. This does not mean that the Charter then applies as a consequence of these violations. Even though section 7 of the Charter applies to “[e]veryone” (compare with the words “[e]very citizen” in section 6 of the Charter), all the circumstances in a given situation must be examined before it can be said that the Charter applies.

[21] Contrary to the appellants’ position (at paragraph 88 of their memorandum), *Khadr* is not dispositive of this appeal. Neither is *Hape*, for the same reasons.

[22] The motions Judge did not err in her conclusion on question 2.

[23] An examination of question 1 and of all the circumstances of this case is therefore necessary.

Question 1

[24] In the case at bar, the key issue in question 1 is whether the CF have “effective control” over territory in Afghanistan so that the Charter should be given territorial application over Afghan territory and over Afghan people.

[25] Although the CF authorities have command and control over the CF detention facility at the Kandahar Airfield, Kandahar Airfield is a facility shared by Canada and several International Security and Assistance Force (ISAF) countries participating in security and infrastructure operations in Afghanistan. This “control” of the detention facilities by the CF cannot be considered “effective” within the meaning of

violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne » (*Hape*, par. 52, le juge LeBel; voir aussi par. 51 et 101). Notre Cour a ajouté que le tribunal appelé à déterminer la portée de la Charte et à se prononcer sur son application doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international (par. 56, le juge LeBel). [Non souligné dans l’original.]

[20] Selon ce que je comprends de l’extrait précité, la Cour suprême du Canada juge que le respect et la courtoisie prennent fin là où commence la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. Cela ne veut pas dire que la Charte s’appliquera en raison de ces violations. Même si l’article 7 de la Charte s’applique à « [c]hacun » (comparer ce libellé et celui de l’article 6 de la Charte : « [t]out citoyen canadien »), il faut examiner l’ensemble des circonstances propres à une situation donnée avant de pouvoir affirmer que la Charte s’applique.

[21] Contrairement à ce que soutiennent les appelantes (au paragraphe 88 de leur mémoire), l’arrêt *Khadr* ne dispose pas du présent appel, non plus que l’arrêt *Hape*, d’ailleurs, pour les mêmes motifs.

[22] La juge des requêtes n’a commis aucune erreur relativement à la question 2.

[23] Il nous faut par conséquent aborder la question 1 et examiner l’ensemble des circonstances de l’espèce.

Question 1

[24] La question 1, en l’espèce, consiste essentiellement à déterminer si les FC exercent un « contrôle effectif » sur une partie du territoire de l’Afghanistan, permettant ainsi une application territoriale de la Charte en territoire afghan et sur des ressortissants afghans.

[25] Bien que les autorités militaires canadiennes aient le commandement et le contrôle d’établissement de détention des FC situé à la base aérienne de Kandahar, le Canada partage les installations aéroportuaires avec plusieurs pays membres de la Force internationale d’assistance et de sécurité (FIAS) qui participent aux opérations de sécurité et d’infrastructure en Afghanistan. Ce « contrôle » exercé par les FC sur

the European Court of Human Rights (E.C.H.R.) in *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99 (December 12, 2001, at paragraphs 71–73).

[26] The CF are not an occupying force—they are in Afghanistan at the request and with the consent of the governing authority. That authority has not acquiesced to the extension of Canadian law over its nationals.

[27] The motions Judge examined the documentary evidence before her and noted the following (at paragraphs 158–160):

... the [Afghanistan] Compact makes it clear that rather than having Afghanistan cede its jurisdiction to states operating within its borders, the international community has pledged to support Afghan sovereignty over its entire territory, and to ensure respect for that sovereignty, even in the context of military operations within that country.

Nothing in the Afghanistan Compact suggests that Afghanistan has consented to the application of Canadian law—or any other foreign law for that matter—within Afghanistan.

Indeed, the Afghanistan Compact specifically addresses the question of the protection of human rights within Afghan territory, providing that both the Afghan Government and the international community: [Underlined emphasis is mine.]

... reaffirm their commitment to the protection and promotion of rights provided for in the Afghan constitution and under applicable international law, including the international human rights covenants and other instruments to which Afghanistan is a party. [Emphasis added in original.]

[28] She then concluded (at paragraph 161):

This provision certainly suggests that insofar as the Government of Afghanistan is concerned, the human rights regime governing the activities of the international community

les établissements de détention ne peut pas être considéré comme un contrôle « effectif » au sens que donne à ce terme la Cour européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) dans *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants*, requête n° 52207/99, décision du 12 décembre 2001, aux paragraphes 71 à 73.

[26] Les FC ne sont pas une force d'occupation — leur présence en Afghanistan s'est faite à la demande et avec le consentement des pouvoirs en place. Ceux-ci n'ont pas consenti à ce que le champ d'application du droit canadien soit élargi pour inclure les ressortissants afghans.

[27] Après avoir pris connaissance de la preuve documentaire qui lui a été présentée, la juge des requêtes a formulé ces remarques (aux paragraphes 158 à 160) :

Il ressort clairement du Pacte [pour l'Afghanistan] que la communauté internationale n'a pas voulu que l'Afghanistan cède sa compétence aux États qui participent à des opérations sur son territoire, mais qu'elle s'est plutôt engagée à appuyer la souveraineté afghane sur l'ensemble de son territoire et à assurer le respect de cette souveraineté, même lors d'opérations militaires dans le pays.

Rien dans le Pacte pour l'Afghanistan ne permet de conclure que l'Afghanistan a consenti à l'application du droit canadien — ou d'ailleurs de tout autre droit étranger — sur son territoire.

En fait, le Pacte pour l'Afghanistan traite précisément de la question de la protection des droits de l'homme sur le territoire afghan, en déclarant que le gouvernement afghan et la communauté internationale : [Non souligné dans l'original.]

[TRADUCTION] [...] réaffirment leur engagement de protéger et promouvoir les droits prévus par la constitution afghane et le droit international applicable, y compris les conventions internationales sur les droits de l'homme et d'autres instruments auxquels l'Afghanistan est partie. [Souligné dans l'original.]

[28] Puis, elle a tiré la conclusion suivante (au paragraphe 161) :

Cette disposition donne certes à croire qu'en ce qui concerne le gouvernement afghan, le régime des droits de l'homme qui régit la communauté internationale en

within Afghanistan is that provided for in the constitution of Afghanistan, along with the applicable international law. [Underlined emphasis is mine.]

[29] There was evidence before the motions Judge that the governments of Afghanistan and Canada have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody. She said (at paragraphs 162–165):

In so far as the relationship between the governments of Afghanistan and Canada is concerned, the two countries have expressly identified international law, including international humanitarian law, as the law governing the treatment of detainees in Canadian custody.

The first document manifesting this intent is the Technical Arrangements between the Government of Canada and the Government of the Islamic Republic of Afghanistan. Article 1.1 of this document states that it is intended to cover:

Canadian activities in Afghanistan, including assistance to the ongoing armed conflict, stabilization and development assistance in the form of PRT, assistance to the Government of Afghanistan in the form of a Strategic Advisory Team, training of the Afghan military, and assistance to law enforcement authorities.

Article 1.4 of the Technical Arrangements then states that “In giving effect to these Arrangements, the Participants will at all times act in a manner consistent with their obligations under international law” (emphasis added).

Amongst other things, the Technical Arrangements deal with the status of Canadian personnel within Afghanistan. In this regard, Article 1.2 of the Annex to the Technical Arrangements reflects the undertaking of the Canadian government to “take measures to ensure that all Canadian personnel ... will respect international law and will refrain from activities not compatible with the nature of their operations or their status in Afghanistan” (emphasis added).

[30] With regard to the detainees, she found specifically (at paragraphs 166–167):

Afghanistan est celui que prévoit la constitution afghane et le droit international applicable. [Non souligné dans l’original.]

[29] La juge des requêtes disposait d’éléments de preuve démontrant que les gouvernements afghan et canadien avaient expressément désigné le droit international, y compris le droit international humanitaire, comme l’ensemble des règles régissant le traitement des prisonniers détenus par le Canada. À ce sujet, elle a déclaré ce qui suit (aux paragraphes 162 à 165) :

En ce qui concerne la relation entre les gouvernements de l’Afghanistan et du Canada, les deux pays ont expressément désigné le droit international, y compris le droit humanitaire international, comme étant le droit qui régit le traitement des prisonniers sous la garde du Canada.

Le document intitulé « Arrangements techniques conclus par le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République islamique d’Afghanistan » est le premier à faire état de cette intention. Le paragraphe 6 en expose la portée :

[TRADUCTION] Les activités canadiennes en Afghanistan, notamment l’aide dans le conflit armé en cours, l’aide à la stabilisation et au développement sous la forme d’une équipe de reconstruction provinciale, l’aide au gouvernement de l’Afghanistan sous la forme d’une équipe consultative stratégique, la prestation de formation aux forces armées afghanes, et l’aide aux autorités chargées de l’application de la loi.

L’article 1.4 de l’Annexe des Arrangements techniques précise : [TRADUCTION] « En donnant effet aux Arrangements, les Parties agiront en tout temps de façon conforme à leurs obligations en vertu du droit international » (non souligné dans l’original).

Les Arrangements techniques traitent notamment du statut du personnel canadien en Afghanistan. À cet égard, l’article 1.2 de l’annexe des Arrangements techniques traduit l’engagement du Canada à [TRADUCTION] « prendre des dispositions pour que le personnel canadien [...] respecte le droit international et s’abstienne de toute activité incompatible avec la nature de ses opérations ou de son statut en Afghanistan » (non souligné dans l’original).

[30] En ce qui a trait aux prisonniers, la juge des requêtes a tiré les conclusions suivantes (aux paragraphes 166 et 167) :

Finally, in relation to the treatment of detainees, Article 1.2 of the Technical Arrangements provides that detainees are to be afforded “the same treatment as Prisoners of War,” and are to be transferred to Afghan authorities “in a manner consistent with international law and subject to negotiated assurances regarding their treatment and transfer” (emphasis added).

Moreover, the use of the term “Prisoners of War” in the Technical Arrangements is significant. That is, the phrase “Prisoners of War” describes a legal status recognized in, and defined by the branch of international law governing armed conflict, namely international humanitarian law. International humanitarian law has numerous sources, including instruments such as the *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949*, [1965] Can. T.S. No. 20. The rights of individuals detained during armed conflicts are clearly spelled out by international humanitarian law.

[31] The appellants claim (at paragraphs 75 to 83 of their memorandum) that the motions Judge erred in law by setting an unnecessarily high standard for establishing consent by a foreign state. They assert that she was looking for specific language indicating that the Government of Afghanistan had given its consent to having Canadian Charter rights conferred to its citizens within its territory. The appellants contend that she failed to have due regard to whether the conduct of the Government of Afghanistan amounted to an invitation or “acquiescence” to Charter protection being afforded to its citizens held in detention by the CF. Given that the Afghan government clearly consents to the CF exercising a wide range of powers, it would, according to the appellants, be illogical to conclude that “the Afghan government would consent to Canada exercising this kind of power over its citizens, but has drawn a line with respect to Charter protection of human rights” (at paragraph 77 of appellants’ memorandum).

[32] The motions Judge noted that the Government of Afghanistan has expressly consented to the application of Canadian law to all “Canadian personnel”. She indicated that the words “Canadian Personnel” were defined as specifically excluding Afghan nationals. It

Enfin, pour ce qui est du traitement des prisonniers, l’article 1.2 des Arrangements techniques prévoit qu’on accordera aux prisonniers [TRADUCTION] « le même traitement qu’aux prisonniers de guerre » et qu’ils seront transférés aux autorités afghanes [TRADUCTION] « conformément au droit international et sous réserve des assurances négociées concernant leur traitement et leur transfèrement » (non souligné dans l’original).

De plus, l’emploi de l’expression [TRADUCTION] « prisonniers de guerre » dans les Arrangements techniques est d’importance, car elle décrit un statut juridique reconnu et défini dans la branche du droit international applicable aux conflits armés, c’est-à-dire le droit humanitaire international. Celui-ci se fonde sur de nombreuses sources, dont des instruments tels que la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, [1965] R.T. Can. n° 20. Les droits des personnes emprisonnées pendant un conflit armé sont clairement définis par le droit humanitaire international.

[31] Les appelantes soutiennent (aux paragraphes 75 à 83 de leur mémoire) que la juge des requêtes a commis une erreur de droit en fixant une norme inutilement élevée pour déterminer s’il y a consentement de la part de l’État étranger. Elles affirment que la juge cherchait à s’appuyer sur des termes précis indiquant que le gouvernement d’Afghanistan avait consenti à ce que ses ressortissants puissent bénéficier, sur son territoire, des droits prévus par la Charte canadienne. Selon les appelantes, elle aurait omis de tenir dûment compte de la conduite du gouvernement afghan et de se demander si celle-ci pouvait être considérée comme une forme d’invitation à étendre la protection accordée par la Charte à ses ressortissants dont le Canada avait la garde ou une façon d’y « acquiescer ». Or, puisque le gouvernement afghan consent manifestement à ce que les FC exercent une vaste gamme de pouvoirs, il serait illogique de conclure que [TRADUCTION] « le gouvernement afghan consent à ce que le Canada exerce ce genre de pouvoir sur ses citoyens, mais a tiré un trait afin d’exclure la protection offerte par la Charte en matière de droits de la personne » (au paragraphe 77 du mémoire des appelantes).

[32] La juge des requêtes a souligné que le gouvernement afghan avait expressément consenti à l’application du droit canadien à l’ensemble du « personnel canadien », une expression définie comme excluant spécifiquement les ressortissants afghans.

followed logically, she said, that the Government of Afghanistan has not consented to the application of Canadian law, including the Canadian Charter in other situations (paragraphs 168–170 of her reasons).

[33] Considering that the motions Judge decided according to the evidence, the intervention of this Court is unwarranted.

[34] The appellants submit finally that this Court should not follow the legal reasoning of the motions Judge who rejected as being uncertain the notion of “effective control of the person” principle, suggested by European and British case law and other sources. She rejected this theory as being problematic (at paragraph 274 of her reasons) in the context of a multinational military effort since it would result in a patchwork of different national legal norms applying to detainees in different parts of Afghanistan. She gave preference to the consent-based test of *Hape*, a case which was binding on her (at paragraph 294 of her reasons).

[35] The motions Judge did not err in so doing.

Conclusion

[36] I conclude that the motions Judge made no errors in answering the way she did the two questions that were before her. The Charter has no application to the situations therein described. There is no legal vacuum, considering that the applicable law is international humanitarian law. As found by the motions Judge (at paragraph 64 of her reasons):

Before transferring a detainee into Afghan custody, General Laroche must be satisfied that there are no substantial grounds for believing that there exists a real risk that the detainee would be in danger of being subjected to torture or other forms of mistreatment at the hands of Afghan authorities.

Selon elle, il fallait donc conclure, en toute logique, que le gouvernement d’Afghanistan n’avait pas consenti à l’application du droit canadien, y compris la Charte, dans d’autres situations (aux paragraphes 168 à 170 des motifs).

[33] Considérant que la décision de la juge des requêtes tient compte de la preuve, l’intervention de la cour n’est pas justifiée.

[34] En dernier lieu, les appelantes soutiennent que la Cour ne devrait pas adopter le raisonnement juridique suivi par la juge des requêtes, qui a rejeté la notion d’« autorité réelle sur la personne », ou de contrôle effectif, proposée dans la jurisprudence européenne et britannique et dans d’autres sources, la jugeant imprécise. Selon elle, ce critère présentait des difficultés (au paragraphe 274 des motifs) lorsque l’on avait affaire à une opération militaire multinationale parce qu’il avait pour effet de créer une mosaïque de normes juridiques nationales, différentes les unes des autres, appliquées aux détenus afghans dans les diverses régions du pays. Elle a préféré adopter le critère fondé sur le consentement, issu de l’arrêt *Hape*, par lequel elle était liée (au paragraphe 294 des motifs).

[35] Ce faisant, la juge des requêtes n’a pas commis d’erreur.

Conclusion

[36] Je conclus que la juge des requêtes n’a commis aucune erreur dans les réponses qu’elle a données aux deux questions qui lui ont été présentées. La Charte ne s’applique pas aux situations visées par ces questions. Aucun vide juridique n’est ainsi « créé », compte tenu du fait que le droit international humanitaire s’applique. La juge des requêtes tire à juste titre la conclusion suivante (au paragraphe 64 des motifs) :

Avant d’autoriser le transfèrement aux autorités afghanes, le général Laroche doit être convaincu qu’il n’existe aucun motif sérieux de croire qu’il existe un risque réel qu’une fois remis aux autorités afghanes, le prisonnier sera exposé à un risque de torture ou de mauvais traitements.

[37] The Canadian Civil Liberties Association appeared as intervener in this case. After considering their submissions, my conclusions remain the same.

[38] This appeal will be dismissed with the respondents' costs awarded against the appellants.

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[37] L'Association canadienne des libertés civiles a comparu à titre d'intervenante dans la présente affaire. J'ai examiné les arguments de l'organisme, mais mes conclusions demeurent inchangées.

[38] L'appel est rejeté, les appelantes étant condamnées à payer les dépens des intimés.

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

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

A-140-08
2008 FCA 404

A-140-08
2008 CAF 404

Ruwan Chandima Jayasekara (*Appellant*)

Ruwan Chandima Jayasekara (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: JAYASEKARA V. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)**

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

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sharlow and
Pelletier J.J.A.—Toronto, October 14; Ottawa,
December 17, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sharlow et
Pelletier, J.C.A.—Toronto, 14 octobre; Ottawa,
17 décembre 2008.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board decision finding appellant not Convention refugee, person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 98 (IRPA), United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) on basis of “serious criminality” — Appellant pleading guilty to possession of opium, other drug-related charges while living illegally in United States — Although serving jail term in U.S., leaving for Canada thereafter without probation office’s permission — Commission of “serious” non-political crime central to exclusion clause of Convention, Art. 1F(b) — Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees suggesting gravity of crime be judged against international standards — Under IRPA, s. 101(2)(b), refugee claim ineligible to be referred to Refugee Protection Division by reason of “serious criminality” if offence committed punishable in Canada by maximum term of imprisonment of at least 10 years — Interpretation of exclusion clause in Art. 1F(b) regarding seriousness of crime requiring evaluation of elements of crime, mode of prosecution, penalty prescribed, etc. — Board considering number of factors in determining whether appellant convicted of serious crime outside Canada — Federal Court not erring when determining Board’s conclusion reasonable — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée à l’égard de la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que l’appellant n’avait ni la qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger en application de l’art. 98 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) et de l’art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés pour cause de « grande criminalité » — L’appellant a plaidé coupable à des accusations de possession d’opium et à d’autres accusations de trafic de stupéfiants lorsqu’il vivait illégalement aux États-Unis — Bien qu’il ait fini de purger sa peine d’emprisonnement aux É.-U., il est venu au Canada sans obtenir la permission de son bureau de probation — La commission d’un crime « grave » de droit commun constitue l’élément central de la clause d’exclusion de l’art. 1Fb) de la Convention — Selon la Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, la gravité du crime doit être mesurée à l’aune des normes internationales — Suivant l’art. 101(2)b) de la LIPR, une demande d’asile est irrecevable devant la Section de la protection des réfugiés pour cause de « grande criminalité » si l’infraction, commise au Canada, constituerait une infraction punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans — L’interprétation de la clause d’exclusion à l’art. 1Fb) exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l’on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, etc. — La Commission a tenu compte de nombreux facteurs pour décider si l’appellant avait été déclaré coupable d’un crime grave à l’extérieur du Canada — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que la décision de la Commission était raisonnable — Appel rejeté.

International Law — Appellant excluded from refugee protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 98, United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) on basis of serious criminality — Signatory nations of United Nations drug conventions required to co-ordinate preventive, repressive action against drug trafficking — Drug trafficking defined, treated by signatory states as serious crime.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (IRB) finding the appellant was not a Convention refugee or a person in need of protection pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. The appellant fled Sri Lanka and arrived in the United States where he lived illegally for a number of years. In the U.S., he was arrested on drug-related charges and pled guilty to selling opium and to possessing marijuana. He was sentenced to jail and a five-year probation period. After serving his jail term, he left for Canada without obtaining permission from his probation office. Consequently, he was wanted in the U.S. as an absconder.

The IRB found that there were serious reasons for considering that the appellant had committed a serious non-political crime outside of Canada and that he had not completed his U.S. sentence. While the Federal Court certified two questions, only the first one needed to be addressed, i.e. whether serving a sentence for a serious crime prior to coming to Canada allows one to avoid exclusion under Article 1F(b) of the Convention.

Held, the appeal should be dismissed.

Central to the exclusion clause of Article 1F(b) of the Convention is the commission of a “serious” non-political crime. The United Nations High Commissioner for Refugees’ *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* suggests that the gravity of a crime be judged against international standards, not by how the host state or country of origin characterizes the crime in order to avoid disparities between countries regarding the same behaviour. Paragraph 101(2)(b) of the IRPA provides that a claim cannot be referred to the Refugee Protection Division by reason of “serious criminality” if the conviction outside Canada is for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence

Droit international — L'appelant n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention en application de l'art. 98 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et de l'art. 1Fb) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés pour cause de « grande criminalité » — Les États signataires des conventions des Nations Unies sur les stupéfiants sont tenus de coordonner leurs mesures préventives et répressives contre le trafic de stupéfiants — Les États signataires définissent et considèrent le trafic de stupéfiants comme un crime grave.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'égard de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR), qui a conclu que l'appelant n'avait ni la qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger en application de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et de l'alinéa 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. L'appelant a fui le Sri Lanka et est arrivé aux États-Unis, où il a vécu illégalement pendant plusieurs années. Aux É.-U., il a été arrêté et accusé de trafic de stupéfiants; il a plaidé coupable à des accusations de vente d'opium et de possession de marijuana. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement et à une période de probation de cinq ans. Après avoir fini de purger sa peine d'emprisonnement, il est venu au Canada sans obtenir la permission de son bureau de probation. En conséquence, il était recherché aux É.-U. à titre de fugitif.

La CISR a statué qu'il existait des raisons sérieuses de penser que l'appelant avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada et qu'il n'avait pas fini de purger sa peine aux É.-U. Bien que la Cour fédérale ait certifié deux questions, il n'y avait lieu que d'examiner la première, soit celle de savoir si le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada permet à l'intéressé d'échapper à l'application de l'alinéa 1Fb) de la Convention.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

L'élément central de la clause d'exclusion de l'alinéa 1Fb) de la Convention est la commission d'un crime « grave » de droit commun. La *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés donne à penser que la gravité du crime doit être mesurée à l'aune des normes internationales et pas suivant l'interprétation qui en est faite dans le pays d'accueil ou le pays d'origine pour éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements. L'alinéa 101(2)b) de la LIPR dispose qu'une demande d'asile est irrecevable devant la Section de la protection des réfugiés pour cause de « grande criminalité » si

under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years. This is a strong indication that crimes resulting in this kind of penalty are considered serious crimes. If the length or completion of a sentence imposed is to be considered in determining the seriousness of a crime pursuant to Article 1F(b) of the Convention, it should not be considered in isolation since there are many reasons why a lenient sentence may be imposed even for a serious crime. Also, the perspective of the receiving state or nation must be considered. Finally, the interpretation of the exclusion clause in Article 1F(b) of the Convention regarding the seriousness of a crime requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction.

In accordance with the three United Nations drug conventions (i.e. the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, the *Convention on Psychotropic Substances*, and the *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*), signatory nations are required to co-ordinate preventive and repressive action against drug trafficking, including the imposition of penal provisions as necessary. Most signatory states define and treat drug trafficking as a serious crime. The trafficking of opium in Canada is a serious crime. A person who sells it is liable to imprisonment for life. In determining whether the appellant had been convicted of a serious crime, which justified the application of the exclusion clause, the Board looked at a number of factors including the gravity of the crimes and the sentence imposed under the relevant U.S. legislation. The Federal Court did not err when it determined that it was reasonable for the Board to conclude that the appellant's conviction in the U.S. gave it a serious reason to believe that he had committed a serious non-political crime outside the country. The first certified question was therefore answered in the affirmative.

la déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada vise une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans. Il s'agit d'une forte indication que le Canada considère les crimes entraînant ce type de sanction comme des crimes graves. S'il faut prendre en considération la durée de la peine infligée ou le fait qu'elle a été purgée pour établir la gravité du crime aux termes de l'alinéa 1Fb) de la Convention, il ne faut pas considérer ces facteurs isolément parce qu'il existe de nombreuses raisons pour lesquelles une peine clémente peut être prononcée même pour un crime grave. En outre, on ne doit pas ignorer le point de vue de l'État ou du pays d'accueil. Enfin, l'interprétation de la clause d'exclusion de l'alinéa 1Fb) de la Convention exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l'on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité.

Conformément aux trois conventions des Nations Unies sur les stupéfiants (à savoir la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, la *Convention sur les substances psychotropes*, et la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*), les États signataires sont tenus de coordonner leurs mesures préventives et répressives contre le trafic de stupéfiants, notamment en appliquant les dispositions pénales nécessaires. La plupart des États signataires définissent et considèrent le trafic de stupéfiants comme un crime grave. Le trafic d'opium au Canada constitue un crime grave. La personne qui vend cette substance se rend passible de l'emprisonnement à perpétuité. Pour décider si l'appelant avait été déclaré coupable d'un crime grave, qui justifiait l'application de la clause d'exclusion, la Commission a tenu compte de nombreux facteurs, dont la gravité des crimes et la peine infligée selon la législation américaine pertinente. La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que la déclaration de culpabilité de l'appelant aux É.-U. lui donnait de sérieuses raisons de penser que l'appelant avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays. La Cour a donc répondu par la négative à la première question certifiée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5, Sch. I.
Controlled Substances Act, 21 U.S.C. § 841 (2006).
Criminal Code Act 1995 (Cth.), s. 302.4(1).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(c.1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2), 46.01(1)(e)(i) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9(F)).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code pénal*, art. 222-37 (Fr.).
Controlled Substances Act, 21 U.S.C. § 841 (2006).
Criminal Code Act 1995 (Cth.), art. 302.4(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5, ann. I.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(c.1)(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2), 46.01(1)(e)(i) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9(F)).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1), (3)(c), 95(1), 96, 97, 98, 101, 112, 113, 114.
Misuse of Drugs Act 1971 (U.K.), 1971, c. 38, s. 4.
Misuse of Drugs Act 1975 (N.Z.), 1975/116, s. 6.
Penal Code, art. 222-37 (Fr.).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1), (3)c), 95(1), 96, 97, 98, 101, 112, 113, 114.
Misuse of Drugs Act 1971 (R.-U.), 1971, ch. 38, art. 4.
Misuse of Drugs Act 1975 (N.-Z.), 1975/116, art. 6.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on Psychotropic Substances, 21 February 1971, [1988] Can. T.S. No. 35.
Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, 25 March 1972, [1976] Can. T.S. No. 48.
Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, 30 March 1961, [1964] Can. T.S. No. 30.
United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 20 December 1988, [1990] Can. T.S. No. 42.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

TRAITÉS ET AUTRES DOCUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42.
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1Fb).
Convention sur les substances psychotropes, 21 février 1971, [1988] R.T. Can. n° 35.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n° 30.
Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 25 mars 1972, [1976] R.T. Can. n° 48.

CASES CITED

CONSIDERED:

T. v. Secretary of State for the Home Dept., [1996] 2 All ER 865 (H.L.); *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390; (2000), 190 D.L.R. (4th) 128; 10 Imm. L.R. (3d) 167 (C.A.); *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 761; (2003), 229 D.L.R. (4th) 235; 32 Imm. L.R. (3d) 1; 2003 FCA 178; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.); *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007).

REFERRED TO:

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh (2002), 186 A.L.R. 393 (Aust. H.C.); *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (Aust. F.C.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999); *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.); *S. & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1157; *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 304; (2004), 243 D.L.R. (4th) 385; 37 Imm. L.R. (3d) 163; 2004 FCA 250; *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 1 W.L.R. 545 (C.A.); *R. v. B. (M.)* (1987), 36 C.C.C. (3d) 573; 22 O.A.C. 100 (Ont. C.A.).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

T. v. Secretary of State for the Home Dept., [1996] 2 All ER 865 (H.L.); *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.); *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; 2003 CAF 178; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.); *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007).

DÉCISIONS CITÉES :

Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh (2002), 186 A.L.R. 393 (Aust. H.C.); *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (Aust. F.C.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999); *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.); *S. & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1157; *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 304; 2004 CAF 250; *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 1 W.L.R. 545 (C.A.); *R. v. B. (M.)* (1987), 36 C.C.C. (3d) 573; 22 O.A.C. 100 (Ont. C.A.).

AUTHORS CITED

Goodwin-Gill, Guy S. and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford Univ. Press, 2007.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 4 September 2003, online: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>>.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, reedited January 1992.

APPEAL from a Federal Court decision ((2008), 324 F.T.R. 62; 71 Imm. L.R. (3d) 23; 2008 FC 238) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (*X.V.G. (Re)*, [2007] R.P.D.D. No. 87 (QL)) excluding him from refugee protection on the basis of "serious criminality". Appeal dismissed.

APPEARANCES

Michael E. Korman for appellant.
Lisa J. Hutt for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Otis & Korman, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LÉTOURNEAU J.A.:

DOCTRINE CITÉE

Goodwin-Gill, Guy S. and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3^e éd. Oxford : Oxford Univ. Press, 2007.

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, 4 septembre 2003, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4110d7334.html>>.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, réédition janvier 1992.

APPEL d'une décision (2008 CF 238) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'égard de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*X.V.G. (Re)*, [2007] D.S.P.R. n° 87 (QL)), qui a conclu que l'appelant n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention pour cause de « grande criminalité ». Appel rejeté.

ONT COMPARU

Michael E. Korman pour l'appelant.
Lisa J. Hutt pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Otis & Korman, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. :

The certified questions and whether they should be answered

[1] This is an appeal from a decision of Strayer D.J. of the Federal Court (Judge) [(2008), 324 F.T.R. 62] who dismissed the appellant's application for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) [*X.V.G. (Re)*, [2007] R.P.D.D. No. 87 (QL)]. The Judge certified the two following questions [at paragraph 18] for analysis by this Court:

1. Does serving a sentence for a serious crime prior to coming to Canada allow one to avoid the application of Article 1F(b) of the Convention?
2. If the answer to question 1 is affirmative, if a person is forced to leave the country where the crime was committed prior to the completion of his sentence, does this have the effect of deeming the sentence to have been served?

In application of section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and the exclusion clause in Article 1F(b) of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], the Board found that the appellant was not a Convention refugee or a person in need of protection. In addition, the Board ruled that the appellant was not credible and did not meet the criteria of the Convention. There is no appeal from this second finding of the Board. From that perspective, the appeal is moot.

[2] However, a person who, pursuant to section 98 of the IRPA, is excluded as a Convention refugee on the basis of Article 1F(b) of the Convention, cannot obtain refugee protection. This results from the combined effect of paragraphs 95(1)(c) and 112(3)(c) of the IRPA.

[3] Moreover, while that person can still apply to the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) for protection if subject to a removal order, he or she cannot obtain permanent resident status. Pursuant to paragraph

Les questions certifiées et l'opportunité d'y répondre

[1] La Cour est saisie de l'appel d'un jugement par lequel le juge suppléant Strayer de la Cour fédérale [2008 CF 238] a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'égard de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) [*X.V.G. (Re)*, [2007] D.S.P.R. n° 87 (QL)]. Le juge a certifié les deux questions suivantes aux fins d'analyse par notre Cour [au paragraphe 18] :

1. Le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada permet-il à l'intéressé d'échapper à l'application de l'article 1Fb) de la Convention?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, une peine est-elle réputée purgée si l'auteur du crime est forcé de quitter le pays où il a commis le crime avant d'avoir fini de purger sa peine?

Par application de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et de la clause d'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], la Commission a conclu que l'appelant n'avait ni la qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger. En outre, la Commission a estimé que l'appelant n'était pas crédible et qu'il ne répondait pas aux critères de la Convention. Cette seconde conclusion de la Commission n'a pas été portée en appel. De ce point de vue, l'appel est sans objet.

[2] Il résulte toutefois du rapprochement des alinéas 95(1)c) et 112(3)c) de la LIPR que la personne qui, aux termes de l'article 98 de la LIPR, est exclue de la définition de réfugié au sens de la Convention par application de la section Fb) de l'article premier de la Convention ne peut bénéficier de la protection offerte aux réfugiés.

[3] Qui plus est, bien qu'elle puisse quand même présenter une demande de protection au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) si elle fait l'objet d'une mesure de renvoi, cette personne ne peut

114(1)(b) of the IRPA, the Minister's decision to allow the application for protection merely has the effect of staying the removal order. In view of these consequences on a claimant, I believe that this Court should address the certified questions.

[4] Section 98 of the IRPA and the interpretation to be given to the word "serious" in the terms "serious non-political crime" found in Article 1F(b) of the Convention carry with them an international dimension. As Lord Lloyd of Berwick said in *T. v. Secretary of State for the Home Dept*, [1996] 2 All ER 865 (H.L.), at page 891, "[i]n a case concerning an international convention it is obviously desirable that decisions in different jurisdictions should, so far possible, be kept in line with each other." For this reason, we requested the parties provide us with additional submissions containing references to the international jurisprudence on this question.

[5] More specifically, the parties were asked to provide references:

(a) as to whether the seriousness of a non-political crime within the meaning of Article 1F(b) of the Convention is determined solely by reference to the maximum sentence that can be imposed for the particular crime as provided in the domestic law of the country of refuge; or

(b) whether, in making the determination, the facts relating to the nature and seriousness of the acts committed may or must be taken into account.

The parties were given until November 7, 2008, to complete their submissions.

[6] Before stating the facts, I reproduce the relevant provisions:

obtenir le statut de résident permanent. Aux termes du paragraphe 114(1) de la LIPR, la décision du ministre accordant la demande de protection a simplement pour effet de surseoir à la mesure de renvoi. Compte tenu des conséquences auxquelles le demandeur d'asile est ainsi exposé, je crois que notre Cour devrait se pencher sur les questions certifiées.

[4] L'article 98 de la LIPR et l'interprétation à donner au mot « grave » dans l'expression « crime grave de droit commun » que l'on trouve à la section Fb) de l'article premier de la Convention comportent une dimension internationale. Ainsi que lord Lloyd of Berwick l'explique dans l'arrêt *T. v. Secretary of State for the Home Dept*, [1996] 2 All ER 865 (H.L.), à la page 891, [TRADUCTION] « [d]ans une affaire portant sur une convention internationale, il est de toute évidence souhaitable que les décisions émanant de divers États soient, dans la mesure du possible, compatibles ». Pour cette raison, nous avons invité les parties à nous soumettre des observations complémentaires renvoyant à la jurisprudence internationale sur la question.

[5] Plus précisément, les parties ont été invitées à citer des sources sur l'une ou l'autre des questions suivantes :

a) la gravité d'un crime de droit commun au sens de la section Fb) de l'article premier de la Convention est-elle déterminée uniquement en fonction de la peine maximale qui peut être infligée pour un crime précis selon le droit interne du pays d'accueil?

b) pour tirer cette conclusion, peut-on ou doit-on tenir compte des faits se rapportant à la nature et à la gravité des actes commis?

La Cour a accordé aux parties jusqu'au 7 novembre 2008 pour produire leurs observations.

[6] Avant d'exposer les faits, je reproduis les dispositions pertinentes :

Convention

ARTICLE 1

Definition of the Term "Refugee"

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. [Emphasis added.]

IRPA

PART 1

IMMIGRATION TO CANADA

...

DIVISION 4

INADMISSIBILITY

...

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

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

La Convention

ARTICLE PREMIER

Définition du Terme «Réfugié»

[...]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. [Non souligné dans l'original.]

La LIPR

PARTIE 1

IMMIGRATION AU CANADA

[...]

SECTION 4

INTERDICTIONS DE TERRITOIRE

[...]

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

- a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;
- b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

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

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

...

[...]

PART 2

PARTIE 2

REFUGEE PROTECTION

PROTECTION DES RÉFUGIÉS

DIVISION 1

SECTION 1

REFUGEE PROTECTION, CONVENTION REFUGEES AND PERSONS IN NEED OF PROTECTION

NOTIONS D'ASILE, DE RÉFUGIÉ ET DE PERSONNE À PROTÉGER

95. (1) Refugee protection is conferred on a person when

95. (1) L'asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas :

(a) the person has been determined to be a Convention refugee or a person in similar circumstances under a visa application and becomes a permanent resident under the visa or a temporary resident under a temporary resident permit for protection reasons;

a) sur constat qu'elle est, à la suite d'une demande de visa, un réfugié ou une personne en situation semblable, elle devient soit un résident permanent au titre du visa, soit un résident temporaire au titre d'un permis de séjour délivré en vue de sa protection;

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection; or

b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger;

(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.

c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).

...

[...]

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

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

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

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

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

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

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

...

101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

(f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

(2) A claim is not ineligible by reason of serious criminality under paragraph (1)(f) unless

(a) in the case of inadmissibility by reason of a conviction in Canada, the conviction is for an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years and for which a sentence of at least two years was imposed; or

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

98. La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[...]

101. (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

[...]

f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité visée à l'alinéa (1)f) n'emporte irrecevabilité de la demande que si elle a pour objet :

a) une déclaration de culpabilité au Canada pour une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans et pour laquelle un emprisonnement d'au moins deux ans a été infligé;

(b) in the case of inadmissibility by reason of a conviction outside Canada, the Minister is of the opinion that the person is a danger to the public in Canada and the conviction is for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

...

DIVISION 3

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

Protection

112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

...

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

...

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

b) une déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans, le ministre estimant que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada.

[...]

SECTION 3

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

Protection

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demande la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

[...]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

113. Il est disposé de la demande comme il suit :

[...]

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et d'autre part :

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

114. (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection. [Emphasis added.]

The facts

[7] The facts can be summarized as follows. The appellant, Mr. Ruwan Chandima Jayasekara, is a Sri Lankan citizen of Sinhalese ethnicity. He was allegedly targeted in Sri Lanka by the Tamil Tigers. He arrived in the United States in 1998 and lived there without status until 2004.

[8] In January 2004, he was arrested in New York State on drug charges and pled guilty to the “criminal sale of the controlled substance opium in the third degree” and to criminal possession of marijuana. In March 2004, he was convicted and sentenced to 29 days in jail and a five-year probation period.

[9] One month after completing his jail term, he attended an immigration hearing and was issued a voluntary departure order to leave the United States by October 2004.

[10] On July 5, 2004, he entered Canada and claimed refugee protection. He did not apply to his probation

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada.

114. (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l’asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s’agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant. [Non souligné dans l’original.]

Les faits

[7] Les faits peuvent être résumés de la façon suivante. L’appelant, M. Ruwan Chandima Jayasekara, est un citoyen du Sri Lanka d’origine ethnique cingalaise. Il allègue avoir été ciblé au Sri Lanka par les Tigres tamouls. Il est arrivé en 1998 aux États-Unis, où il a vécu sans statut jusqu’en 2004.

[8] En janvier 2004, il a été arrêté dans l’État de New York et accusé de trafic de stupéfiants. Il a plaidé coupable à des accusations de vente criminelle au troisième degré d’une substance réglementée, en l’occurrence l’opium, et de possession criminelle de marijuana. En mars 2004, il a été condamné à une peine d’emprisonnement de 29 jours et à une période de probation de cinq ans.

[9] Un mois après avoir fini de purger sa peine d’emprisonnement, il a été convoqué à une audience en matière d’immigration et a reçu l’ordre de quitter de son plein gré les États-Unis au plus tard en octobre 2004.

[10] Le 5 juillet 2004, il est entré au Canada et a demandé l’asile. Il ne s’est pas adressé à son bureau de

office to obtain permission to leave the jurisdiction of the United States and a warrant for his arrest as an absconder was issued on July 27, 2004.

The Board's decision

[11] The Board heard the appellant's refugee claim on April 12 and September 15, 2006. As previously mentioned, it found that he was excluded from refugee protection under section 98 of the IRPA and Article 1F(b) of the Convention because there were serious reasons for considering that he had committed a serious non-political crime outside of Canada and that he had not completed his sentence as he fled the United States during his probation.

[12] Moreover, it found that, even if the appellant was not excludable under Article 1F(b) of the Convention, he did not meet the criteria for either Convention refugee status or as a person requiring protection. These findings based on credibility are not contested.

[13] The appellant sought judicial review before the Federal Court only of his exclusion under section 98 of the IRPA and Article 1F(b) of the Convention.

The Federal Court decision

[14] The Judge reviewed the Board's decision on the standard of reasonableness because, at the core of it, the question of the exclusion under section 98 of the IRPA and Article 1F(b) of the Convention was one of mixed fact and law which involved some degree of discretion: see paragraph 10 of the reasons for judgment.

[15] He was also of the view that it was reasonable for the Board to conclude that the appellant's conviction in the United States gave it a serious reason to believe

probation pour obtenir la permission de quitter le territoire des États-Unis et un mandat d'arrestation a été lancé contre lui le 27 juillet 2004 parce qu'il était considéré comme un fugitif.

La décision de la Commission

[11] La Commission a entendu la demande d'asile de l'appelant les 12 avril et 15 septembre 2006. Comme je l'ai mentionné précédemment, elle a estimé que l'appelant n'avait pas la qualité de réfugié par application de l'article 98 de la LIPR et de la section Fb) de l'article premier de la Convention parce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du Canada et qu'il n'avait pas fini de purger sa peine puisqu'il s'était enfui des États-Unis pendant sa période de probation.

[12] La Commission a également conclu que, même si l'appelant ne pouvait être exclu par application de la section Fb) de l'article premier de la Convention, il ne satisfaisait pas aux critères lui permettant de répondre à la définition de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger. Ces conclusions, qui étaient fondées sur la crédibilité, ne sont pas contestées.

[13] La demande de contrôle judiciaire que l'appelant a présentée devant la Cour fédérale porte uniquement sur son exclusion fondée sur l'article 98 de la LIPR et sur la section Fb) de l'article premier de la Convention.

Jugement de la Cour fédérale

[14] Le juge a examiné la décision de la Commission en fonction de la norme de la décision raisonnable parce qu'essentiellement, la question de l'exclusion prononcée en vertu de l'article 98 de la LIPR et de la section Fb) de l'article premier de la Convention était une question mixte de fait et de droit qui supposait l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire (voir le paragraphe 10 des motifs du jugement).

[15] Le juge s'est également dit d'avis qu'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que la déclaration de culpabilité de l'appelant aux

that he had committed a serious non-political crime outside the country. He found that conclusion to be reasonable because the offence committed by the appellant would carry a maximum sentence of life imprisonment in Canada. At paragraph 11 of the reasons for judgment he wrote:

It was perfectly reasonable for the Board to use as a measurement of a “serious” crime the view which Canadian law takes of that offence, not the seriousness of the penalty imposed in the United States.

[16] With respect to the certified questions, the Judge ruled that the appellant had not completed his sentence in the United States as he voluntarily left that country with most of his five years’ probation unserved.

[17] Finally, addressing the appellant’s contention that Article 1F(b) of the Convention is inapplicable to persons who have served their sentence abroad before coming to Canada, the Judge reviewed the decisions of our Court in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.) and *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 761 (C.A.). He concluded that the Board was still right to have excluded the appellant under Article 1F(b) of the Convention, even if he were deemed to have constructively served his sentence in the United States.

The purpose of Article 1F(b) of the Convention

[18] The purpose of Article 1F(b) of the Convention was considered by our Court in the *Chan* and *Zrig* decisions. Counsel for the appellant submits that *Chan* is still good and applicable law. He argued that *Chan* established a general principle that a person who has served his sentence should not be excluded under Article 1F(b) of the Convention.

États-Unis donnait à la Commission des raisons sérieuses de conclure que l’appellant avait commis un crime grave de droit commun à l’étranger. Il a estimé que cette conclusion était raisonnable parce que le délit commis par l’appellant était passible d’une peine maximale d’emprisonnement à perpétuité au Canada. Au paragraphe 11 des motifs du jugement, le juge a écrit :

Il était parfaitement raisonnable de la part de la Commission de s’inspirer de la peine que prévoit le droit canadien et non de la gravité de la peine infligée aux États-Unis pour mesurer la « gravité » du crime en question.

[16] Pour ce qui est des questions certifiées, le juge a estimé que l’appellant n’avait pas fini de purger sa peine aux États-Unis puisqu’il avait quitté de son plein gré ce pays sans avoir accompli la plus grande partie de sa période de probation de cinq ans.

[17] Enfin, en ce qui concerne l’argument de l’appellant suivant lequel la section Fb) de l’article premier de la Convention ne s’applique pas aux personnes qui ont purgé leur peine à l’étranger avant de venir au Canada, le juge a examiné les arrêts rendus par notre Cour dans les affaires *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.) et *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761 (C.A.). Il a conclu que la Commission avait là encore eu raison d’exclure l’appellant en vertu de la section Fb) de l’article premier de la Convention, même si l’appellant devait être considéré comme ayant purgé sa peine aux États-Unis.

Objet de la section Fb) de l’article premier de la Convention

[18] Notre Cour a examiné l’objet de la section Fb) de l’article premier de la Convention dans les arrêts *Chan* et *Zrig*. L’avocat de l’appellant soutient que l’arrêt *Chan* s’applique toujours. Il fait valoir que, dans cet arrêt, notre Cour a posé le principe général voulant que la personne qui a purgé sa peine ne devrait pas être exclue par application de la section Fb) de l’article premier de la Convention.

[19] The appellant relies upon the following statement of Robertson J.A., at paragraph 4 of the reasons for judgment in *Chan*:

Assuming without deciding that the appellant's conviction qualifies as a serious non-political crime, it is clear to me that Article 1F(b) cannot be invoked in cases where a refugee claimant has been convicted of a crime and served his or her sentence outside Canada prior to his or her arrival in this country. I rest this conclusion on two grounds. First, *obiter* comments of Justice Bastarache in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (writing for the majority) and Justice La Forest in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, fully support this interpretation of Article 1F(b), as do the writings of academic commentators. Second, any other interpretation is in conflict with the statutory scheme set out in the *Immigration Act*.

[20] In that case, our Court had to reconcile the terms of Article 1F(b) of the Convention with then subparagraphs 46.01(1)(e)(i) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9(F)] and 19(1)(c.1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2] of the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (former Act).

[21] These provisions of the former Act read:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,
or

...

[19] L'appelant se fonde sur les propos suivants qu'a tenus le juge Robertson, au paragraphe 4 de l'arrêt *Chan* :

Si l'on présume, sans toutefois trancher la question, que l'infraction dont l'appelant a été déclaré coupable constitue un crime grave de droit commun, il est clair selon moi que la section Fb) de l'article premier ne saurait être invoquée dans les cas où le revendicateur a été déclaré coupable d'un crime et a purgé sa peine ailleurs qu'au Canada, avant d'arriver au pays. Je fonde cette conclusion sur deux motifs. Premièrement, des remarques incidentes que le juge Bastarache (s'exprimant au nom des juges majoritaires) a faites dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et que le juge La Forest a faites dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, étayent une telle interprétation de la section Fb) de l'article premier, à l'instar de la doctrine. Deuxièmement, toute autre interprétation de cette section irait à l'encontre du régime législatif qu'établit la *Loi sur l'immigration*.

[20] Dans cette affaire, notre Cour était appelée à concilier le texte de la section Fb) de l'article premier de la Convention avec celui des sous-alinéas 46.01(1)e)(i) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9(F)] et 19(1)(c.1)(i) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée (l'ancienne Loi).

[21] Les dispositions en question de l'ancienne Loi étaient ainsi libellées :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

[...]

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger :

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximum égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine leur ayant été infligée pour l'infraction;

except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission as the case may be;

...

[...]

46.01 (1) A person who claims to be a Convention refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

...

46.01 (1) La revendication de statut n'est pas recevable par la section du statut si l'intéressé se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

[...]

(e) has been determined by an adjudicator to be

e) L'arbitre a décidé, selon le cas :

(i) a person described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada. [Emphasis added.]

(i) qu'il appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et, selon le ministre, il constitue un danger pour le public au Canada. [Non souligné dans l'original.]

[22] Pursuant to section 46.01, a person who was inadmissible to Canada could not have his or her claim determined by the Refugee Division [now the Refugee Protection Division]. In other words, he or she was excluded from a refugee hearing before the Refugee Division.

[22] Aux termes de l'article 46.01, la personne non admissible au Canada ne pouvait faire trancher sa demande par la section du statut [maintenant la Section de la protection des réfugiés]. En d'autres termes, elle n'avait pas droit à une audience concernant son statut de réfugié devant la section du statut.

[23] However, subparagraph 19(1)(c.1)(i) created an exception to the inadmissibility to Canada of persons convicted outside of Canada for a crime that could be punishable in Canada by a maximum term of imprisonment of 10 years or more.

[23] Toutefois, le sous-alinéa 19(1)c.1)(i) créait une exception à l'inadmissibilité au Canada des personnes déclarées coupables à l'extérieur du Canada d'un crime qui pouvait être punissable au Canada d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à 10 ans.

[24] As a matter of fact, a person convicted of such crimes could still be eligible for refugee protection and have his or her claim determined by the Refugee Division if the Minister was satisfied that that person had rehabilitated himself or herself and that five years had elapsed since the expiration of the sentence imposed or since the commission of the act or omission.

[24] En fait, la personne reconnue coupable de tels crimes pouvait quand même se voir reconnaître la qualité de réfugié et faire examiner sa demande par la section du statut si le ministre était convaincu qu'elle s'était réadaptée et qu'au moins cinq ans s'étaient écoulés depuis l'expiration de toute peine lui ayant été infligée pour l'infraction ou depuis la commission du fait.

[25] In order to give meaning to the rehabilitation provisions of the former Act, Robertson J.A. found in *Chan* that Article 1F(b) of the Convention could not be given an interpretation which would have resulted in a blanket exclusion of those who had been found guilty of serious crimes as defined in the Act. Such interpretation would have deprived a claimant of the

[25] Pour donner un sens aux dispositions de l'ancienne Loi relatives à la réadaptation, le juge Robertson a conclu, dans l'arrêt *Chan*, que la section Fb) de l'article premier de la Convention ne pouvait recevoir une interprétation qui se traduirait par l'exclusion générale de tous ceux qui avaient été jugés coupables de crimes graves au sens de la Loi. Une telle

protection offered by the exception to the inadmissibility rule. I should add, it would have also divested the Minister of his discretionary power under paragraph 19(1)(c.1) of that Act.

[26] In my respectful view, the decision in *Chan* stands for the proposition that, under the existing law at the time, which, as we will see, has now been modified by the IRPA, a claimant who was convicted of a serious non-political crime and who served his sentence was not necessarily excluded from a refugee hearing or rendered ineligible to apply for the refugee protection afforded by the Convention. He or she remained entitled to have their refugee claim determined by the Refugee Division if the Minister concluded that the claimant was rehabilitated and was not a danger to the public.

[27] While the decision in *Chan* afforded some protection to a claimant and safeguarded the Minister's discretion, it did not then, nor does it now, in my respectful view, stand for the proposition that, whatever the circumstances, a country cannot exclude an applicant who was convicted and served his sentence.

[28] The purpose stated in *Chan* is neither the only nor, as contended by the appellant, necessarily the primary purpose sought by the exclusion contained in Article 1F(b) of the Convention. This is made clear by the subsequent decision of our Court in *Zrig*. In this respect, our colleague Décarý J.A. wrote, at paragraphs 118 and 119 of that decision:

Purposes of Article 1F of the Convention in general, and Article 1F(b) in particular

My reading of precedent, academic commentary and of course, though it has often been neglected, the actual wording of Article 1F of the Convention, leads me to conclude that the purpose of this section is to reconcile various objectives which I would summarize as follows: ensuring that the perpetrators of international crimes or acts contrary to certain international standards will be unable to claim the right of asylum; ensuring that the perpetrators of ordinary crimes committed for

interprétation aurait privé le demandeur d'asile de la protection offerte par l'exception à la règle de l'inadmissibilité. Je tiens à ajouter qu'elle aurait aussi privé le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrait l'alinéa 19(1)c.1) de cette Loi.

[26] À mon humble avis, l'arrêt *Chan* appuie le principe que, selon les règles de droit qui étaient en vigueur à l'époque et qui, comme nous le verrons, ont depuis été modifiées par la LIPR, le demandeur d'asile qui avait été reconnu coupable d'un crime grave de droit commun et qui avait purgé sa peine ne se voyait pas nécessairement refuser le droit à une audience concernant le statut de réfugié et ne devenait pas nécessairement inadmissible à revendiquer le droit d'asile prévu par la Convention. Il conservait le droit de faire examiner sa demande d'asile par la section du statut si le ministre estimait qu'il s'était réadapté et qu'il ne constituait plus un danger pour le public.

[27] Bien que l'arrêt *Chan* offre une certaine protection au demandeur d'asile et qu'il sauvegarde le pouvoir discrétionnaire du ministre, il n'appuyait pas alors et n'appuie pas maintenant, à mon humble avis, la proposition voulant que, peu importe les circonstances, un pays ne peut exclure un demandeur qui a été déclaré coupable et qui a purgé sa peine.

[28] L'objectif déclaré dans l'arrêt *Chan* n'est ni le seul ni, comme le soutient l'appelant, nécessairement le principal objectif visé par l'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention, ainsi qu'il ressort clairement de l'arrêt subséquent rendu par notre Cour dans l'affaire *Zrig*. À cet égard, notre collègue le juge Décarý écrit ce qui suit, aux paragraphes 118 et 119 de l'arrêt *Zrig* :

Objectifs de la section F de l'article premier de la Convention en général, et de la section Fb) de l'article premier en particulier

Ma lecture de la jurisprudence, de la doctrine et, bien sûr, quoi qu'il ait souvent été négligé, du texte même de la section F de l'article premier de la Convention, m'amène à conclure que cette section vise à réconcilier différents objectifs que je me permets de résumer comme suit : s'assurer que les auteurs de crimes internationaux ou d'agissements contraires à certaines normes internationales ne puissent se réclamer du droit d'asile; s'assurer que les auteurs de crimes ordinaires

fundamentally political purposes can find refuge in a foreign country; ensuring that the right of asylum is not used by the perpetrators of serious ordinary crimes in order to escape the ordinary course of local justice; and ensuring that the country of refuge can protect its own people by closing its borders to criminals whom it regards as undesirable because of the seriousness of the ordinary crimes which it suspects such criminals of having committed. It is this fourth purpose which is really at issue in this case.

These purposes are complementary. The first indicates that the international community did not wish persons responsible for persecution to profit from a convention designed to protect the victims of their crimes. The second indicates that the signatories of the Convention accepted the fundamental rule of international law that the perpetrator of a political crime, even one of extreme seriousness, is entitled to elude the authorities of the State in which he committed his crime, the premise being that such a person would not be tried fairly in that State and would be persecuted. The third indicates that the signatories did not wish the right of asylum to be transformed into a guarantee of impunity for ordinary criminals whose real fear was not being persecuted, but being tried, by the countries they were seeking to escape. The fourth indicates that while the signatories were prepared to sacrifice their sovereignty, even their security, in the case of the perpetrators of political crimes, they wished on the contrary to preserve them for reasons of security and social peace in the case of the perpetrators of serious ordinary crimes. This fourth purpose also indicates that the signatories wanted to ensure that the Convention would be accepted by the people of the country of refuge, who might be in danger of having to live with especially dangerous individuals under the cover of a right of asylum. [Emphasis added.]

[29] I agree with this well-documented statement of our colleague Décary J.A.: see also on the existence and scope of this fourth purpose *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh* (2002), 186 A.L.R. 393 (Aust. H.C.), at paragraphs 94-95; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (Aust. F.C.), at paragraphs 27-29; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (Aust. F.C.). The purposes are complementary and, in my view, there is no ranking among them.

[30] Some elements of the reasoning in *Chan* are still relevant under the IRPA because of the ineligibility rule

commis pour des motifs foncièrement politiques puissent trouver refuge dans un pays étranger; s'assurer que le droit d'asile ne soit pas utilisé par les auteurs de crimes ordinaires graves afin d'échapper au cours normal de la justice locale; et s'assurer que le pays d'accueil puisse protéger sa propre population en fermant ses frontières à des criminels qu'il juge indésirables en raison de la gravité des crimes ordinaires qu'il les soupçonne d'avoir commis. C'est ce quatrième objectif qui est véritablement en cause dans ce litige. (Je note, en passant, que les expressions « crimes ordinaires » et « crimes non politiques » sont synonymes de l'expression « crimes de droit commun » et sont employés indistinctement dans la doctrine et la jurisprudence.)

Ces objectifs sont complémentaires. Le premier indique que la communauté internationale n'a pas voulu que ceux par qui la persécution arrivait profitent d'une Convention qui vise à protéger les victimes de leurs crimes. Le second indique que les signataires de la Convention acceptent ce principe fondamental du droit international que l'auteur d'un crime politique, même d'une extrême gravité, a le droit d'échapper aux autorités de l'État où il a commis son crime, la prémisses étant que cette personne ne saurait être jugée équitablement dans cet État et serait persécutée. Le troisième indique que les signataires n'acceptent pas que le droit d'asile soit transformé en garantie d'impunité au profit de criminels de droit commun dont la crainte réelle n'est pas d'être persécutés, mais d'être jugés par le pays qu'ils cherchent à fuir. Le quatrième indique que les signataires, s'ils sont prêts à sacrifier leur souveraineté, voire leur sécurité, quand il s'agit d'auteurs de crimes politiques, entendent au contraire les préserver, pour des raisons de sécurité et de paix sociale, quand il s'agit d'auteurs de crimes ordinaires graves. Ce quatrième objectif indique aussi que les signataires ont voulu s'assurer que la Convention soit acceptée par la population d'accueil qui ne risque pas d'être forcée, sous le couvert du droit d'asile, à côtoyer des individus particulièrement dangereux. [Non souligné dans l'original.]

[29] Je souscris à cette analyse fouillée de notre collègue le juge Décary (voir aussi, sur l'existence et la portée de ce quatrième objectif, les décisions *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh* (2002), 186 A.L.R. 393 (H.C. Aust.), aux paragraphes 94 et 95; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556 (C.F. Aust.), aux paragraphes 27, 28 et 29; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 158 A.L.R. 289 (C.F. Aust.). Ces objectifs sont complémentaires et aucun d'entre eux ne prime sur l'autre.

[30] Certains aspects du raisonnement suivi dans l'arrêt *Chan* valent toujours dans le cas de la LIPR en

applicable to refugee claimants under Part 2 of the IRPA [sections 95 to 116], such as ineligibility for serious criminality: see subsections 101(1) and 101(2) of the IRPA.

[31] There is, however, a notable difference between the IRPA and the former Act. Under paragraph 46.01(1)(e) and subparagraph 19(1)(c.1)(i) of the former Act, a claimant was ineligible for a refugee hearing if he was inadmissible to Canada on account of serious criminality unless, as previously stated, the Minister was satisfied that the claimant had rehabilitated himself or herself and five years had elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission.

[32] Under the IRPA, the rule as to ineligibility has changed. By virtue of subsection 101(2), a claimant, who is inadmissible by reason of serious criminality, now remains eligible for a refugee hearing unless the “Minister is of the opinion that the person is a danger to the public in Canada and the conviction is for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” (emphasis added).

[33] In other words, under the former Act, there was a rule of ineligibility for a refugee hearing if a claimant was inadmissible on account of serious criminality. That rule operated unless the exception applied. Under the IRPA the rule is reversed. A claimant remains eligible unless the exception applies.

[34] The concept of “sentence served” remains relevant to the issue of admissibility to Canada by reason of paragraph 36(3)(c) of the IRPA which deals with rehabilitation.

[35] This brings me now to the determination of the first certified question and the role that domestic

raison de la règle d’irrecevabilité des demandeurs d’asile en vertu de la partie 2 de la LIPR [articles 95 à 116], telle que l’interdiction de territoire pour grande criminalité (voir les paragraphes 101(1) et 101(2) de la LIPR).

[31] Il y a toutefois une différence notable entre la LIPR et l’ancienne Loi. Aux termes de l’alinéa 46.01(1)e) et du sous-alinéa 19(1)c.1(i) de l’ancienne Loi, un revendicateur n’avait pas droit à une audience concernant son statut de réfugié s’il n’était pas admissible au Canada pour cause de grande criminalité sauf si, comme nous l’avons vu, le ministre était convaincu que le demandeur d’asile s’était réadapté et que cinq ans s’étaient écoulés depuis l’expiration de toute peine lui ayant été infligée pour l’infraction ou depuis la commission du fait (non souligné dans l’original).

[32] Sous le régime de la LIPR, la règle relative à l’irrecevabilité a été modifiée. Ainsi, aux termes du paragraphe 101(2), l’interdiction de territoire pour grande criminalité n’emporte irrecevabilité de la demande « que si elle a pour objet [...] une déclaration de culpabilité à l’extérieur du Canada, pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans, [et que] le ministre estim[e] que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada » (non souligné dans l’original).

[33] En d’autres termes, l’ancienne Loi prévoyait une règle d’irrecevabilité dans le cas du demandeur d’asile qui n’était pas admissible pour cause de grande criminalité. Cette règle s’appliquait sauf lorsque l’exception jouait. Sous le régime de la LIPR, la règle est inversée. Le demandeur d’asile demeure admissible, à moins que l’exception ne s’applique.

[34] Le concept de « peine purgée » demeure utile pour trancher la question de l’admissibilité au Canada en raison de l’alinéa 36(3)c) de la LIPR, qui porte sur la réadaptation.

[35] Ce qui m’amène à répondre à la première question certifiée et au rôle que joue ou devrait jouer le

law plays or should play in the interpretation of the exclusion clause contained in Article 1F(b) of the Convention.

droit interne en ce qui concerne l'interprétation de la clause d'exclusion prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention.

Does serving a sentence for a serious crime prior to coming to Canada allow one to avoid the application of Article 1F(b) of the Convention

Le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada permet-il à l'intéressé d'échapper à l'application de la section Fb) de l'article premier de la Convention?

[36] Central to the exclusion clause of Article 1F(b) of the Convention is the commission of a "serious" non-political crime. What does "serious" mean in that clause? What are the criteria for determining whether a claimant's crime is serious within the meaning of Article 1F(b) of the Convention? What standards are applicable to that determination? International or local standards or both? Was the crime in the present instance serious enough to justify the application of the exclusion clause? These questions must now be addressed in the context of Article 1F(b) of the Convention.

[36] L'élément central de la clause d'exclusion de la section Fb) de l'article premier de la Convention est la commission d'un crime « grave » de droit commun. Mais qu'entend-on par crime « grave » ? Quels critères applique-t-on pour déterminer si le crime commis par un demandeur d'asile est grave au sens de la section Fb) de l'article premier de la Convention? Quelles normes retient-on pour prendre cette décision? Les normes internationales, les normes locales ou les deux? Le crime commis dans le cas qui nous occupe était-il suffisamment grave pour justifier l'application de la clause d'exclusion? Il convient maintenant d'aborder ces questions à la lumière de la section Fb) de l'article premier de la Convention.

(a) The standards applicable to the determination of the gravity of a crime

a) Normes régissant la détermination de la gravité d'un crime

[37] The [Office of the United Nations High Commissioner for Refugees] UNHCR-issued *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* (the UN Refugee Agency), at paragraph 38, suggests that the gravity of a crime be "judged against international standards, not simply by its characterization in the host State or country of origin." This is, of course, to avoid the profound disparities which may exist between countries with respect to the same behaviour. As Branson J. wrote in *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, at page 300 of his reasons for judgment, "[o]ne needs only to bring to mind regimes under which conduct such as peaceful political dissent, the possession of alcohol and the 'immodest' dress of women is regarded as seriously criminal."

[37] Suivant la *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* publiée par l'UNHCR (le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés), au paragraphe 38, la gravité du crime « doit être mesurée à l'aune des normes internationales et pas simplement suivant l'interprétation qui en est faite dans le pays d'accueil ou le pays d'origine ». Cette façon de voir vise évidemment à éviter les profondes disparités qui peuvent exister entre les États relativement aux mêmes agissements. Ainsi que le juge Branson l'écrit dans la décision *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, à la page 300, [TRADUCTION] « il suffit d'évoquer les régimes dans lesquels des comportements tels que la dissidence politique pacifique, la possession d'alcool et les tenues féminines jugées "indécentes" sont considérés comme étant des actes criminels graves ».

[38] The UNHCR Background Note proposes, at paragraph 39, the following factors as relevant in determining the seriousness of a crime for the purpose of Article 1F(b) of the Convention:

- the nature of the act;
- the actual harm inflicted;
- the form of procedure used to prosecute the crime;
- the nature of the penalty for such a crime; and
- whether most jurisdictions would consider the act in question as a serious crime.

The Background Note goes on to give as examples of serious crimes the crimes of murder, rape, arson and armed robbery. They also refer to other offences which could be deemed to be serious “if they are accompanied by the use of deadly weapons, involve serious injury to persons, or there is evidence of serious habitual criminal conduct and other similar factors”: at paragraph 40. Reference here is clearly made to circumstances surrounding the commission of the crime which, the Guidelines submit, should be taken into account in assessing the seriousness of the crime.

[39] The UNHCR Background Note is not binding. Nor is the UN *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, reedited January 1992, although the Handbook can be relied upon by the courts for guidance: see *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pages 713–714; *Dhayakpa*, at paragraph 27; *Ovcharuk*, at page 294; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999), at pages 426–428. I also agree that the Handbook cannot override the functions of the Court in determining the words of the Convention: see the reasons for judgment of Henry J. in *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.), at pages 299–300.

[40] For the purpose of determining whether a person is ineligible to have his or her refugee claim referred to the Refugee Protection Division on the basis of “serious

[38] La Note d’information de l’UNHCR propose, au paragraphe 39, de tenir compte des facteurs suivants pour déterminer la gravité d’un crime pour l’application de la section Fb) de l’article premier de la Convention :

- la nature de l’acte;
- le dommage réellement causé;
- la forme de la procédure employée pour engager des poursuites;
- la nature de la peine encourue pour un tel crime;
- si la plupart des juridictions considéreraient l’acte en question comme un crime grave.

La Note d’information poursuit en donnant comme exemples de crimes graves le meurtre, le viol, l’incendie criminel et le vol à main armée. Ils citent également d’autres infractions qui pourraient être considérés comme graves « si elles associent l’usage d’armes mortelles, si elles impliquent des blessures graves sur des personnes ou s’il est prouvé que la conduite criminelle grave est habituelle ou d’autres facteurs similaires » (au paragraphe 40). On renvoie ici clairement aux circonstances entourant la perpétration d’un crime dont, suivant la Note d’information, l’on devrait tenir compte pour évaluer la gravité du crime.

[39] La Note d’information de l’UNHCR n’est pas impérative, pas plus que le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, réédition janvier 1992, bien que les tribunaux puissent consulter le Guide pour y trouver des lignes directrices (voir *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pages 713 et 714; *Dhayakpa*, au paragraphe 27; *Ovcharuk*, à la page 294; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999), aux pages 426 à 428. Je suis également d’accord pour dire que le Guide ne saurait avoir préséance sur la mission de la Cour de statuer sur les termes de la Convention (voir les motifs du jugement du juge Henry dans *S. v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] 2 N.Z.L.R. 291 (C.A.), aux pages 299 et 300.

[40] Pour déterminer si une demande d’asile est irrecevable devant la Section de la protection des réfugiés pour cause de « grande criminalité », l’alinéa

criminality”, paragraph 101(2)(b) of the IRPA requires a conviction outside Canada for an offence which, if committed in Canada would be an offence in Canada punishable by a maximum term of at least 10 years. This is a strong indication from Parliament that Canada, as a receiving state, considers crimes for which this kind of penalty is prescribed as serious crimes. In the case of a crime committed outside Canada, paragraph 101(2)(b) makes the length of the sentence actually imposed irrelevant. This is to be contrasted with paragraph 101(2)(a) which deals with inadmissibility by reason of a conviction in Canada. In this last instance, Parliament has seen fit to require that the offence be punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years and that a sentence of at least two years has been imposed.

[41] I agree with counsel for the respondent that, if under Article 1F(b) of the Convention the length or completion of a sentence imposed is to be considered, it should not be considered in isolation. There are many reasons why a lenient sentence may actually be imposed even for a serious crime. That sentence, however, would not diminish the seriousness of the crime committed. On the other hand, a person may be subjected in some countries to substantial prison terms for behaviour that is not considered criminal in Canada.

[42] Further, in many countries, sentencing for criminal offences takes into account factors other than the seriousness of the crime. For example, a player in a prostitution ring may, out of self-interest, assist the prosecuting authorities in the dismantling of the ring in return for a light sentence. Or an offender may seek and obtain a more lenient sentence in exchange for a guilty plea that relieves the victim of the ordeal of testifying about a traumatic sexual assault. Costly and time-consuming mega-trials involving numerous accused can be avoided in the public interest through the negotiation of guilty pleas and lighter sentences. The negotiations relating to sentences may involve undertakings of confidentiality, protection of persons and solicitor-client privileges. Access to the confidential,

101(2)(b) de la LIPR exige que l’intéressé ait fait l’objet d’une déclaration de culpabilité à l’extérieur du Canada, pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans. Il faut y voir une forte indication de la part du législateur que le Canada, en tant que pays d’accueil, considère les crimes entraînant ce type de sanction comme des crimes graves. Dans le cas d’un crime commis à l’extérieur du Canada, l’alinéa 101(2)(b) ne tient pas compte de la durée de la peine effectivement infligée. Il convient de mettre cette disposition en contraste avec l’alinéa 101(2)(a), qui porte sur l’interdiction de territoire en raison d’une déclaration de culpabilité au Canada. Dans ce dernier cas, le législateur fédéral a jugé à propos d’exiger que l’infraction soit punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans et qu’un emprisonnement d’au moins deux ans ait été infligé.

[41] Je suis d’accord avec l’avocate de l’intimé pour dire que, si aux termes de la section Fb) de l’article premier de la Convention, il faut tenir compte de la durée de la peine infligée ou du fait qu’elle a été purgée, il ne faut pas considérer ces facteurs isolément. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles une peine clémente peut effectivement être prononcée même pour un crime grave, ce qui ne diminue en rien la gravité du crime commis. En revanche, une personne peut encourir dans certains pays des peines d’emprisonnement prolongées pour des actes qui ne sont pas considérés criminels au Canada.

[42] De plus, dans de nombreux pays, pour déterminer la peine à infliger pour une infraction criminelle, on ne tient pas uniquement compte de la gravité du crime. Ainsi, une personne impliquée dans un réseau de prostitution peut, par intérêt personnel, aider les autorités chargées des poursuites à démanteler le réseau en question en échange d’une peine légère. Ou encore un contrevenant peut obtenir une peine plus clémente en échange d’un plaidoyer de culpabilité qui épargne à la victime l’épreuve de devoir témoigner au sujet d’une agression sexuelle traumatisante. On peut éviter la tenue de mégas procès longs et coûteux impliquant de nombreux accusés en négociant des plaidoyers de culpabilité et des peines moins lourdes. Les négociations relatives aux peines à infliger peuvent être

secured and privileged information may not be permitted, so that a look at the lenient sentence in isolation by a reviewing authority would provide a distorted picture of the seriousness of the crime of which the offender was convicted.

[43] While regard should be had to international standards, the perspective of the receiving state or nation cannot be ignored in determining the seriousness of the crime. After all, as previously alluded to, the protection conferred by Article 1F(b) of the Convention is given to the receiving state or nation. The UNHCR Background Note acknowledges as much: see paragraph 36 above.

[44] I believe there is a consensus among the courts that the interpretation of the exclusion clause in Article 1F(b) of the Convention, as regards the seriousness of a crime, requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction: see *S. v. Refugee Status Appeals Authority; S. & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1157; *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007), August 29, 2007, at pages 945 and 946-947. In other words, whatever presumption of seriousness may attach to a crime internationally or under the legislation of the receiving state, that presumption may be rebutted by reference to the above factors. There is no balancing, however, with factors extraneous to the facts and circumstances underlying the conviction such as, for example, the risk of persecution in the state of origin: see *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 304 (F.C.A.), at paragraph 38; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, at page 427; *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 1 W.L.R. 545 (C.A.), at pages 554-555; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs*, at paragraph 24.

liées à des engagements de confidentialité, à la protection de personnes et au secret professionnel de l'avocat. Il se peut que l'accès à certains renseignements confidentiels, protégés et privilégiés soit interdit, de sorte qu'un examen isolé d'une peine clémente par une autorité chargée de la révision donnerait une image déformée de la gravité du crime dont le contrevenant a été reconnu coupable.

[43] Bien qu'il faille tenir compte des normes internationales, on ne doit pas ignorer le point de vue de l'État ou du pays d'accueil lorsqu'il s'agit de déterminer la gravité du crime. Après tout, comme nous l'avons déjà évoqué, c'est à l'État ou au pays d'accueil qu'est conférée la protection prévue à la section Fb) de l'article premier de la Convention. C'est d'ailleurs ce que reconnaît la Note d'information de l'UNHCR (voir le paragraphe 36).

[44] Je crois que les tribunaux s'entendent pour dire que l'interprétation de la clause d'exclusion de la section Fb) de l'article premier de la Convention exige, en ce qui concerne la gravité du crime, que l'on évalue les éléments constitutifs du crime, le mode de poursuite, la peine prévue, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes sous-jacentes à la déclaration de culpabilité (voir *S. v. Refugee Status Appeals Authority; S. & Ors v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1157; *Miguel-Miguel v. Gonzales*, 500 F.3d 941 (9th Cir. 2007), 29 août 2007, aux pages 945, 946 et 947). En d'autres termes, peu importe la présomption de gravité qui peut s'appliquer à un crime en droit international ou selon la loi de l'État d'accueil, cette présomption peut être réfutée par le jeu des facteurs précités. On ne met toutefois pas en balance des facteurs étrangers aux faits et aux circonstances sous-jacents à la déclaration de culpabilité comme, par exemple, le risque de persécution dans le pays d'origine (voir *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, au paragraphe 38; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, à la page 427; *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1995] 1 W.L.R. 545 (C.A.), aux pages 554 et 555; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs*, au paragraphe 24).

[45] For instance, a constraint short of the criminal law defence of duress may be a relevant mitigating factor in assessing the seriousness of the crime committed. The harm caused to the victim or society, the use of a weapon, the fact that the crime is committed by an organized criminal group, etc. would also be relevant factors to be considered.

[46] I should add for the sake of clarity that Canada, like Great Britain and the United States, has a fair number of hybrid offences, that is to say offences which, depending on the mitigating or aggravating circumstances surrounding their commission, can be prosecuted either summarily or more severely as an indictable offence. In countries where such a choice is possible, the choice of the mode of prosecution is relevant to the assessment of the seriousness of a crime if there is a substantial difference between the penalty prescribed for a summary conviction offence and that provided for an indictable offence.

(b) Whether the crime in the present instance is serious and justified the application of the exclusion clause

[47] It should be recalled that the appellant was convicted in the United States for trafficking a hard drug, namely opium.

[48] It is not disputed that trafficking in narcotics and psychotropic substances can entail both human and economic consequences for society. As the evidence reveals, drug trafficking is treated as a serious crime across the international spectrum. In their book on *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2007, at page 179, G. S. Goodwin-Gill and J. McAdam mention that the UNHCR, with a view to promoting consistent decisions “proposed that, in the absence of any political factors, a presumption of serious crime might be considered as raised by evidence of commission of any of the following offences: homicide, rape, child molesting, wounding, arson, drugs traffic, and armed robbery” (emphasis added).

[45] Ainsi, une coercition qui ne permet pas d’invoquer le moyen de défense de droit criminel de la contrainte peut constituer une circonstance atténuante pertinente pour évaluer la gravité du crime commis. Le préjudice causé à la victime ou à la société, l’utilisation d’une arme, le fait que le crime a été commis par un groupe criminel organisé, etc. seraient également des facteurs pertinents à considérer.

[46] Je tiens par ailleurs à ajouter, par souci de clarté, qu’à l’instar de la Grande-Bretagne et des États-Unis, le Canada dispose d’un nombre assez élevé d’infractions hybrides, c’est-à-dire d’infractions qui, selon les circonstances aggravantes ou atténuantes entourant leur perpétration, peuvent être punissables par procédure sommaire ou, plus sévèrement, sur acte d’accusation. Dans des pays où cette option existe, le choix du mode de poursuite est utile pour évaluer la gravité du crime s’il existe une différence marquée entre la peine prévue pour une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et celle prévue pour un geste punissable sur acte d’accusation.

(b) Le crime commis en l’espèce est-il grave et justifiait-il l’application de la clause d’exclusion?

[47] On se rappellera que l’appelant a été reconnu coupable aux États-Unis de trafic d’une drogue dure, en l’occurrence l’opium.

[48] Il est acquis aux débats que, dans notre société, le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes est susceptible d’entraîner des conséquences tant sur le plan humain que sur le plan économique. Ainsi que la preuve le révèle, le trafic de stupéfiants est considéré comme un crime grave partout dans le monde. Dans leur ouvrage *The Refugee in International Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2007, à la page 179, les auteurs G. S. Goodwin-Gill et J. McAdam mentionnent que l’UNHCR, pour promouvoir l’uniformité des décisions [TRADUCTION] « a proposé qu’en l’absence de tout facteur politique, la preuve de l’une des infractions suivantes soit considérée comme valant présomption de crime grave : homicide, viol, sévices sexuels sur la personne d’un enfant, coups et blessures graves, incendie criminel, trafic

[49] In accordance with the three United Nations drug conventions, i.e. the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* [30 March 1961, [1964] Can. T.S. No. 30] (amended by the Protocol of 25 March 1972 [*Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, [1976] Can. T.S. No. 48]); the *Convention on Psychotropic Substances*, 21 February 1971, [1988] Can. T.S. No. 35; and the *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 20 December 1988, [1990] Can. T.S. No. 42, signatory nations are required to co-ordinate preventive and repressive action against drug trafficking, including the imposition of penal provisions as necessary. The choice of penal provisions remains at the discretion of the Member State and may exceed those provided by the Conventions if the Member States deem them desirable or necessary for the protection of public health and welfare.

[50] As reflected by the penal provisions enacted, most signatory states define and treat drug trafficking as a serious crime. In contrast to mere possession, drug trafficking is usually punishable by a period of incarceration. In this country, the sentence imposed for a drug trafficking offence carries a maximum time of 18 months for a summary conviction and up to a maximum of life imprisonment for an indictable offence depending on the substance trafficked: see the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, section 5.

[51] In other countries, the punishment is equal to or greater than ours and can include both incarceration and the imposition of fines. The United States also provides for a range of sentences depending on the substance trafficked, whether the consequence of trafficking included serious injury or death, and whether there were prior convictions. Overall, sentences can range from a minimum of one year to a life sentence and fines can be imposed from \$100 000 to \$20 000 000, depending on, as per the wording of the article, whether the offender is

de drogue et vol à main armée » (non souligné dans l'original).

[49] Conformément aux trois conventions des Nations Unies sur les stupéfiants, à savoir la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* [30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n° 30] (modifiée par le Protocole du 25 mars 1972 [*Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, [1976] R.T. Can. n° 48]); la *Convention sur les substances psychotropes*, 21 février 1971, [1988] R.T. Can. n° 35; et la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, [1990] R.T. Can. n° 42, les États signataires sont tenus de coordonner leurs mesures préventives et répressives contre le trafic de stupéfiants, notamment en appliquant les dispositions pénales nécessaires. Le choix de dispositions pénales est à la discrétion de l'État membre et leur nombre peut être supérieur à celui prévu par les Conventions si les États membres le jugent souhaitable ou nécessaire pour assurer la protection de la santé et du bien-être de leur population.

[50] Comme les dispositions pénales édictées le laissent entrevoir, la plupart des États signataires définissent et considèrent le trafic de stupéfiants comme un crime grave. Contrairement à la simple possession, le trafic de stupéfiants est habituellement punissable d'emprisonnement. Au Canada, la peine maximale prévue pour le trafic de stupéfiants est de 18 mois dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et de l'emprisonnement à perpétuité pour une infraction punissable sur acte d'accusation, selon la substance faisant l'objet du trafic (voir la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, article 5).

[51] Dans d'autres pays, la peine infligée est égale ou supérieure à celle qui est appliquée chez nous et peut comprendre à la fois l'incarcération et la condamnation à une amende. Les États-Unis prévoient également une série de peines selon la nature de la substance faisant l'objet du trafic, selon que le trafic a entraîné comme conséquence des blessures graves ou la mort, et selon que l'intéressé a déjà été déclaré coupable ou non. Dans l'ensemble, les peines se situent entre un minimum d'un an de prison et l'emprisonnement à perpétuité et les

an individual or other than an individual: see 21 U.S.C. § 841 (2006) [*Controlled Substances Act*]. In a recent case comparable to ours where the accused pleaded guilty to selling .26 grams of rock cocaine for \$20, the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit upheld, in August 2007, the presumption that the accused had committed a particularly serious crime. The accused had been sentenced to the time served (36 days), a fine of \$200 and a five-year probation period: see *Miguel-Miguel v. Gonzales*.

[52] Less severe, but similar punishment is legislated in England, Australia, New Zealand and France. Drug trafficking in the United Kingdom can lead to a maximum sentence of 3 to 12 months for summary conviction offences or a 400 to 2 500 pound fine or both. For indictable offences, the penalty is increased, ranging from 5 years to life imprisonment or a fine or both: see the *Misuse of Drugs Act 1971* (U.K.), 1971, c. 38, section 4 and Schedule 4. Similarly, Australia permits a 10-year period of imprisonment or 2 000 penalty units, or both: see *Criminal Code Act 1995* (Cth.), subsection 302.4(1). New Zealand sets a range for indictable trafficking offences of a maximum of 8 years to life imprisonment depending on the substance and up to one year imprisonment or a fine of up to \$1 000 for summary conviction offences: see *Misuse of Drugs Act 1975* (N.Z.), 1975/116, section 6. Finally, France allows for 10 years of imprisonment and fines of 7.5 million euros when the trafficked drug is for resale as opposed to individual consumption: see the French *Penal Code*, article 222-37.

[53] In this country, opium is classified in Schedule 1 and, according to paragraph 5(3)(a) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, a person who sells that

amendes varient entre 100 000 \$ et 20 000 000 \$ selon que le contrevenant est une personne physique ou non, pour reprendre la formulation de l'article (voir 21 U.S.C. § 841 (2006) [*Controlled Substances Act*]). Dans une affaire récente comparable à celle qui nous est soumise dans laquelle l'accusé avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir vendu 0,26 grammes de cocaïne sous forme de cristaux pour 20 \$, la Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit a, en août 2007, confirmé la présomption que l'accusé avait commis un crime grave. L'accusé avait été condamné à la peine purgée (36 jours), à une amende de 200 \$ et à une période de probation de cinq ans (voir *Miguel-Miguel c. Gonzales*).

[52] Des peines moins sévères, mais semblables, sont prévues par le législateur en Angleterre, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en France. Au Royaume-Uni, la peine maximale prévue pour le trafic de stupéfiants est de 3 à 12 mois d'emprisonnement ou de 400 à 2 500 livres d'amende ou les deux dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Dans le cas d'une infraction punissable sur acte d'accusation, la peine est plus sévère et se situe entre cinq ans et l'emprisonnement à perpétuité ou une amende ou les deux (voir la *Misuse of Drugs Act 1971* (R.-U.), 1971, ch. 38, article 4 et annexe 4). De même, l'Australie permet de condamner à 10 ans d'emprisonnement ou à 2 000 unités ou aux deux (voir la *Criminal Code Act 1995* (Cth.), paragraphe 302.4(1)). La Nouvelle-Zélande prévoit, pour les actes criminels en matière de trafic de stupéfiants, une série de peines allant de huit ans d'emprisonnement à l'emprisonnement à perpétuité selon la substance et, dans le cas des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, des peines maximale d'un an d'emprisonnement ou une amende de 1 000 \$ (voir la *Misuse of Drugs Act 1975* (N.-Z.), 1975/116, article 6). Enfin, la France prévoit une peine de 10 ans d'emprisonnement et de 7,5 millions d'euros d'amende lorsque les stupéfiants ont servi à la revente plutôt qu'à la consommation personnelle (voir le *Code Pénal*, article 222-37).

[53] Au Canada, l'opium est classé à l'annexe 1 et, selon l'alinéa 5(3)a) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, la personne qui vend cette

substance is liable to imprisonment for life. There is no doubt that Parliament considers the trafficking of opium as a serious crime.

[54] In the United States, the behaviour of the appellant was classified a Class B felony. The appellant, although a first offender, received a sentence of 29 days in jail and a five-year probation period. A probation order, especially one of five years, is not necessarily a light sentence as it entails restrictions which can be severe on one's liberty as well as conditions leading to penal consequences in case of breaches: see *R. v. B. (M)* (1987), 36 C.C.C. (3d) 573 (Ont. C.A.).

[55] In determining whether the appellant had been convicted of a serious crime, the Board looked at:

(a) the gravity of the crimes (trafficking in opium and criminal possession of marijuana) under New York legislation which, even for a first offender, resulted in a jail term as well as a five-year probation period;

(b) the sentence imposed by the New York Court;

(c) the facts underlying the conviction, namely the nature of the substance trafficked and possessed, a traffic of opium in three parts, the quantity of drugs possessed and trafficked;

(d) the finding of this Court in *Chan* that a crime is a serious non-political crime if a maximum sentence of 10 years or more could have been imposed if the crime had been committed in Canada;

(e) the objective gravity of a crime of trafficking in opium in Canada which carries a possible penalty of life imprisonment; and

substance se rend passible de l'emprisonnement à perpétuité. Il n'y a aucun doute que le législateur considère le trafic d'opium comme un crime grave.

[54] Aux États-Unis, l'acte commis par l'appellant était considéré comme un acte délictueux grave de catégorie B. Malgré le fait qu'il s'agissait de sa première infraction, l'appellant a été condamné à 29 jours d'emprisonnement et à une période de probation de cinq ans. Une ordonnance de probation, surtout une probation de cinq ans, n'est pas nécessairement une peine légère, car elle est assortie de restrictions qui peuvent limiter considérablement la liberté de l'intéressé, en plus d'entraîner des conséquences pénales en cas de violation (voir *R. c. B. (M.)* (1987), 36 C.C.C. (3d) 573 (C.A. Ont.).

[55] Pour décider si l'appellant avait été déclaré coupable d'un crime grave, la Commission a tenu compte des facteurs suivants :

a) la gravité des crimes (le trafic d'opium et la possession criminelle de marijuana) selon la législation de l'État de New York qui, même dans le cas d'une première infraction, peut donner lieu à une peine d'emprisonnement et à une période de probation de cinq ans;

b) la peine infligée par le tribunal new-yorkais;

c) les faits à la base de la déclaration de culpabilité, à savoir la nature de la substance faisant l'objet du trafic et de la possession, le trafic de l'opium en trois parties, la quantité de stupéfiants ayant fait l'objet de la possession et du trafic;

d) la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *Chan* suivant laquelle un crime est un crime grave de droit commun si une peine maximale de 10 ans aurait pu être infligée si le crime avait été commis au Canada;

e) la gravité objective du crime de trafic d'opium au Canada qui peut donner lieu à une peine d'emprisonnement à perpétuité;

(f) the fact that the appellant violated his probation order by failing to report three times to his probation officer and eventually absconded.

[56] I believe that the Judge committed no error when he concluded that it was reasonable for the Board to conclude on these facts that the appellant's conviction in the United States gave it a serious reason to believe that he had committed a serious non-political crime outside the country.

(c) The answer to the first certified question

[57] The answer to the following question:

Does serving a sentence for a serious crime prior to coming to Canada allow one to avoid the application of Article 1F(b) of the Convention?

is no.

[58] In view of the conclusion that I have reached on the first certified question, it is not necessary to answer the second question.

Conclusion

[59] For these reasons, I would dismiss the appeal. I am indebted to both counsel for their assistance in resolving the issues before us.

SHARLOW J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

f) le fait que l'appelant a violé son ordonnance de probation en faisant défaut à trois reprises de se présenter à son agent de probation et en prenant finalement la fuite.

[56] J'estime que le juge n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure, au vu de ces faits, que la déclaration de culpabilité aux États-Unis lui donnait de sérieuses raisons de penser que l'appelant avait commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays.

c) Réponse à la première question certifiée

[57] La Cour répond par la négative à la première question, formulée comme suit :

Le fait d'avoir purgé une peine pour un crime grave avant d'arriver au Canada permet-il à l'intéressé d'échapper à l'application de l'article 1F(b) de la Convention?

[58] Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu en ce qui concerne la première question certifiée, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Dispositif

[59] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel. Je suis redevable aux deux avocats pour l'assistance qu'ils ont apportée à la Cour pour l'aider à résoudre les questions qui lui étaient soumises.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

T-944-07
2009 FC 27

T-944-07
2009 CF 27

A&R Dress Co. Inc. (Applicant)

A&R Dress Co. Inc. (demanderesse)

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: A&R DRESS CO. INC. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : A&R DRESS CO. INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)

Federal Court, de Montigny J.—Montréal, September 16, 2008; Ottawa, January 9, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Montréal, 16 septembre 2008; Ottawa, 9 janvier 2009.

Customs and Excise — Customs Tariff — Judicial review of decision denying claim for refund of customs duty with respect to leftover textile cuttings — Tariff, s. 110(b) providing for refund of all duties paid in respect of imported goods processed in Canada if goods resulting from processing obsolete or surplus goods — Cuttings herein leftover after imported fabric manufactured into dresses in Canada for sale in Canada — “Goods” must have commercial value, been intended for sale — Leftover textile cuttings having marginal value, virtually impossible to find buyer — Not goods within s. 110(b) because not merchantable — Even if merchantable, leftovers were scrap and waste — Scrap and waste not goods — Not “obsolete or surplus” — “[O]bsolete or surplus” referring to something no longer needed or in excess of what was needed for production — Leftover textiles never had a use or datedness — Different regime under Tariff for “scrap” and “waste”.

Douanes et Accise — Tarif des douanes — Contrôle judiciaire d’une décision rejetant la demande de remboursement des droits de douane à l’égard de retailles de tissu — L’art. 110b) du Tarif prévoit le remboursement de tous les droits payés sur les marchandises importées et transformées au Canada si les marchandises découlant de la transformation deviennent des marchandises surannées ou excédentaires — Les retailles en l’espèce découlaient de la fabrication au Canada, grâce au tissu importé, de robes vendues au Canada — Les « marchandises » doivent avoir une valeur commerciale et être destinées à être vendues — Les retailles de tissu avaient une valeur minimale et il était pratiquement impossible de trouver un acheteur — Il ne s’agissait pas de marchandises au sens de l’art. 110b) parce qu’elles n’étaient pas vendables — Même si elles avaient été vendables, les retailles étaient des résidus et des déchets — Les résidus et les déchets ne sont pas des marchandises — Les retailles n’étaient pas « surannées ou excédentaires » — L’expression « surannées ou excédentaires » fait référence à quelque chose dont on n’a plus besoin ou qui est en sus de la quantité nécessaire à la production — Les retailles de tissu n’ont jamais eu d’utilité ou de date d’origine — Le Tarif prévoit un programme distinct applicable aux « résidus » et aux « déchets ».

This was an application for judicial review of a decision made on behalf of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, denying the applicant’s claim for a refund of customs duty with respect to leftover textile cuttings. The applicant imported fabric on which it paid customs duty. The fabric was used in the manufacture in Canada of dresses which were then sold in Canada. Although the leftover fabric could have been sold, it was not economically feasible to do so and the applicant decided to destroy the cuttings in order to qualify them as “obsolete or surplus goods” under

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a rejeté la demande de remboursement des droits de douane présentée par la demanderesse à l’égard de retailles de tissu. La demanderesse a importé du tissu sur lequel elle a payé des droits de douane. Le tissu a été utilisé pour fabriquer au Canada des robes qui ont ensuite été vendues au Canada. Même si les retailles de tissu avaient pu être vendues, il n’était pas économiquement réalisable de le faire et la demanderesse a donc décidé de les détruire pour

paragraph 110(b) of the *Customs Tariff*. Paragraph 110(b) provides that a refund shall be granted of all duties paid in respect of imported goods processed in Canada if the goods that result from the processing become obsolete or surplus goods. The respondent denied the applicant's refund claim, holding that the leftover cuttings were not "surplus or obsolete" but "scrap and waste" which must be exported in order to be eligible for a drawback. Neither the dresses nor the leftover cuttings were exported.

The issue was whether the leftover cuttings were "obsolete or surplus goods".

Held, the application should be dismissed.

In order to establish entitlement to a drawback under paragraph 110(b), goods must result from the processing. Even if the definition of "goods" integrated in the *Customs Tariff* is quite broad, it must necessarily import a notion of merchantability. The "goods" referred to in paragraph 110(b) must have a commercial value and must have been meant to be sold. In light of the very marginal value of the leftover textile cuttings, and the apparent impossibility of finding a buyer for such scrap, the cuttings were not destined to be sold and had no real commercial value. The leftover textile cuttings were therefore not "goods" that resulted from the processing.

Even if the leftovers were merchantable, they were a by-product of the manufacturing process, and for all intents and purposes scrap and waste. They could not be assimilated to the "goods" referred to in sections 109 and 110. Had Parliament intended to apply a refund for "obsolete or surplus goods" to scrap and waste, it would have used those words specifically. Parliament was well aware of the distinction and enacted a specific regime for by-products, scrap and waste in sections 120 to 122.

Finally, paragraph 110(b) requires that the goods which result from the processing must become obsolete or surplus goods which is defined in section 109. The leftover textile cuttings were not "obsolete or surplus goods." In the context of section 110, "obsolete or surplus goods" clearly refers to something that is no longer needed or that would have been in excess of what was needed for production. Goods which never had a use or were not dated cannot be "obsolete" or "surplus". "Surplus" connotes something that has been manufactured and which could be used if there was a need

qu'elles soient considérées comme des « marchandises surannées ou excédentaires » au sens de l'alinéa 110(b) du *Tarif des douanes*. L'alinéa 110(b) dispose qu'un remboursement est accordé de la totalité des droits qui ont été payés sur les marchandises importées et transformées au Canada si les marchandises découlant de la transformation deviennent des marchandises surannées ou excédentaires. Le défendeur a rejeté la demande de remboursement de la demanderesse, statuant que les retailles de tissu n'étaient pas « excédentaires ou surannées », mais constituaient plutôt « des résidus ou des déchets » qui doivent être exportées pour être admissibles au drawback. Ni les robes ni les retailles de tissu ont été exportées.

La question à trancher était celle de savoir si les retailles de tissu étaient des « marchandises surannées ou excédentaires ».

Jugement : la demande doit être rejetée.

Pour établir le droit au drawback en application de l'alinéa 110(b), les marchandises doivent découler de la transformation. Même si la définition du mot « marchandises » incorporée dans le *Tarif des douanes* a une portée assez large, elle doit nécessairement introduire une notion de qualité marchande. Les « marchandises » visées à l'alinéa 110(b) doivent avoir une valeur commerciale et être destinées à être vendues. Compte tenu de la valeur minimale des retailles de tissu et du fait qu'il était pratiquement impossible de trouver un acheteur pour ces résidus, les retailles n'étaient pas destinées à la vente et elles n'avaient pas de réelle valeur commerciale. Les retailles de tissu ne constituaient donc pas des « marchandises » découlant de la transformation.

Même si les retailles étaient vendables, elles étaient un produit dérivé de la fabrication et constituaient en réalité des résidus et des déchets. Elles ne pouvaient pas être assimilées aux « marchandises » visées aux articles 109 et 110. Si le législateur avait eu l'intention de prévoir l'application d'un remboursement pour « marchandises surannées ou excédentaires » aux résidus et déchets, il aurait utilisé ces mots précisément. Le législateur était bien au fait de cette distinction et a adopté un régime particulier pour les sous-produits, les résidus et les déchets aux articles 120 à 122.

Enfin, l'alinéa 110(b) précise que les marchandises découlant de la transformation doivent devenir des marchandises surannées ou excédentaires au sens de l'article 109. Les retailles de tissu n'étaient pas des « marchandises surannées ou excédentaires ». Dans le contexte de l'article 110, l'expression « marchandises surannées ou excédentaires » fait clairement référence à quelque chose dont on n'a plus besoin ou qui est en sus de la quantité nécessaire à la production. Une marchandise qui n'a jamais eu d'emploi ou de date d'origine ne peut être considérée

for it, whereas “scrap” and “waste” is extra material which, by definition, is not used to make the finished product and cannot be considered as goods resulting from the processing or as the by-product of that processing.

The intention behind subsection 122(3) is to ensure that the drawback claimed for obsolete or surplus goods will be reduced by the amount of customs duties that would have to be paid on the merchantable scrap resulting from the processing of the obsolete or surplus goods. This is entirely different from saying that scrap and waste can itself be considered obsolete or surplus goods.

To fall within section 109, imported goods cannot be damaged before destruction. Leftover cuttings are not goods that could be “damaged”. They are already “scrap and waste”.

It is common sense that Parliament could not intend to allow for a refund of customs duties on all leftovers of the manufacturing process

comme « surannée » ou « excédentaire ». Le mot « excédentaire » signifie quelque chose qui a été fabriqué et qui pourrait être utilisé au besoin, alors que les mots « résidus » et « déchets » signifient des matières supplémentaires qui, par définition, ne sont pas utilisées dans la fabrication du produit fini et ne peuvent être considérées comme des marchandises ni comme des sous-produits découlant de la fabrication.

Le paragraphe 122(3) vise à faire en sorte que le drawback demandé sur des marchandises surannées ou excédentaires soit réduit d'un montant équivalent au montant des droits de douane qui devraient être payés sur les résidus vendables découlant de la transformation de ces marchandises. C'est tout à fait différent que d'affirmer que les résidus et les déchets visés peuvent être considérés comme des marchandises surannées ou excédentaires.

Pour satisfaire aux exigences énoncées à l'article 109, les marchandises importées ne peuvent pas être endommagées avant leur destruction. Les retailles de tissu ne constituaient pas des marchandises qui pourraient être « endommagées »; elles constituaient déjà « des résidus et des déchets ».

Il est logique de croire que le législateur n'avait pas l'intention d'accorder un remboursement des droits de douane sur tous les résidus et déchets découlant du processus de fabrication.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 2(1) “goods” (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 24).
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, ss. 4, 89 (as am. by S.C. 2002, c. 22, s. 349; 2005, c. 38, ss. 142, 145), 109 (as am. *idem*), 110, 111 (as am. *idem*, ss. 89(F), 145), 113 (as am. by S.C. 2002, c. 22, s. 354; 2005, c. 38, ss. 89(F), 142, 145), 120, 121, 122.
Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, Sch. III, Part 1, s. 1.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

CASES CITED

APPLIED:

- A & R Dress Co. Inc. v. M.N.R.* (2005), 272 F.T.R. 260; 2005 FC 681; affd (2006), 353 N.R. 98; 2006 FCA 298; *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;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, Annexe III, Partie I, art. 1.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5 ; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 2(1) « marchandises » (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 24).
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36, art. 4, 89 (mod. par L.C. 2002, ch. 22, art. 349; 2005, ch. 38, art. 142, 145), 109 (mod., *idem*), 110, 111 (mod., *idem*, art. 89(F), 145), 113 (mod. par L.C. 2002, ch. 22, art. 354; 2005, ch. 38, art. 89(F), 142, 145), 120, 121, 122.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- A & R Dress Co. Inc. c. M.R.N.*, 2005 CF 681; conf. par 2006 CAF 298; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Entreprises Kato Inc. c. Canada (Sous-ministre*

Enterprises Kato Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R.), [1983] F.C.J. No. 1064 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2006] 1 S.C.R. 715; (2006), 266 D.L.R. (4th) 513; 210 O.A.C. 342; 2006 SCC 20.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St-Paul, Minn.: West Group, 1999, "obsolete", "surplus".
Canada Border Services Agency. Memorandum D7-2-3, "Obsolete or Surplus Goods", online: <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d7/d7-2-3-eng.pdf>>.
Canada Border Services Agency. Memorandum D7-4-2, "Duty Drawback Program", online: <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d7/d7-4-2-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision made on behalf of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, denying the applicant's claim for a refund of customs duty with respect to leftover textile cuttings. Application dismissed.

APPEARANCES

Michael D. Kaylor for applicant.
Jacques Savary for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Lapointe Rosenstein LLP, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application for judicial review, pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], from

du Revenu national, Douanes et Accise – M.R.N.), [1983] A.C.F. n° 1064 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715; 2006 CSC 20.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 7^e éd. St-Paul, Minn. : West Group, 1999, « suranné », « excédentaire ».
Agence des services frontaliers du Canada. Memorandum D7-2-3, « Marchandise surannées ou excédentaires », en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d7/d7-2-3-fra.pdf>>.
Agence des services frontaliers du Canada. Memorandum D7-4-2, « Programme de drawback », en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d7/d7-4-2-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a rejeté la demande de remboursement des droits de douane présentée par la demanderesse à l'égard de retailles de tissu. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Michael D. Kaylor pour la demanderesse.
Jacques Savary pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Lapointe Rosenstein S.E.N.C.R.L., Montréal, pour la demanderesse.
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] LE JUGE DE MONTIGNY : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985),

a decision made on behalf of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, dated May 17, 2007, denying the applicant's claim for refund of customs duty with respect to leftover textile cuttings.

BACKGROUND

[2] On October 11, 2006, the applicant imported from Korea a 852-metre bolt of textile, described as a 92% polyester–8% spandex knitted fabric, at a unit price of US\$1.50 per metre on which it paid duty at a rate of 14%.

[3] The applicant cut the imported fabric in Canada and manufactured or produced dresses from the cut fabric. The dresses were then eventually sold in Canada. As a result of the processing of the imported textile fabric, certain textile cuttings remained as leftover material.

[4] The applicant approached Leigh Textile, one of the world's largest pre-consumer textile waste processors in view of selling the textile cuttings. The applicant was offered \$0.05 per pound or \$4 for the 80 pounds or 188.66 square metres of textile leftovers for which it claims a drawback.

[5] The applicant admitted that the price it was offered by Leigh for the textile cuttings is the best price it could get. Indeed, the applicant admitted that there is no market for that kind of textile waste. The applicant also admitted that in the course of the last five to seven years it was not economically feasible to sell the textile cuttings for which it now claims a drawback.

[6] Unable to market the leftover cuttings, the applicant decided to destroy the cuttings in order to qualify them as "obsolete or surplus goods" under paragraph 110(b) of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36 (the Act), and obtain a refund of duties paid through the drawbacks program.

ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], d'une décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a, le 17 mai 2007, rejeté la demande de remboursement des droits de douane présentée par la demanderesse à l'égard de retailles de tissu.

LES FAITS

[2] Le 11 octobre 2006, la demanderesse a importé de Corée un coupon de tissu de 852 mètres, décrit comme étant un tricot composé de 92 % de polyester et de 8 % de spandex, au prix unitaire de 1,50 \$US le mètre, sur lequel elle a payé des droits de douane de 14 %.

[3] La demanderesse a taillé le tissu importé au Canada et a fabriqué ou produit des robes à partir de ce tissu. Les robes ont été vendues par la suite au Canada. La fabrication des robes à partir du tissu importé a donné lieu à des retailles de tissu.

[4] La demanderesse a contacté Leigh Textile, l'un des plus importants éliminateurs de déchets textiles avant consommation au monde, aux fins de vendre les retailles de tissu. On a offert à la demanderesse 0,05 \$ la livre, soit 4 \$ pour les 80 livres ou les 188,66 mètres carrés de déchets de tissu pour lesquels elle a présenté une demande de drawback.

[5] La demanderesse a reconnu que le prix offert par Leigh pour les retailles de tissu était le meilleur possible. En effet, elle a admis qu'il n'existe pas de marché pour les déchets textiles. La demanderesse a admis également qu'au cours des cinq ou sept dernières années, il n'était pas économiquement réalisable de vendre les retailles de tissu pour lesquelles elle demande à présent un drawback.

[6] Incapable de commercialiser les retailles de tissu, la demanderesse a décidé de les détruire afin qu'elles soient considérées comme des « marchandises surannées ou excédentaires » au sens de l'alinéa 110b) du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36 (la Loi), et qu'elle obtienne un remboursement des droits de douane versés par l'entremise du programme de drawback.

[7] Notwithstanding the fact that the respondent refused to give instructions with respect to the manner in which the textile cuttings should be destroyed, the applicant disposed of the leftover cuttings through normal waste collection.

[8] On May 1, 2007, the applicant filed a claim for a refund of the customs duty which had been paid in respect of the leftover textile cuttings by way of a “drawback claim”. This claim was accompanied by a certificate of destruction/exportation stamped by the respondent. The certificate of destruction was accompanied by a notary’s affidavit who witnessed the destruction of the leftover textile cuttings, and by an affidavit of the manager of the building in which the applicant is located.

[9] The applicant’s refund claim was also accompanied by an affidavit of the president of the applicant, and by a certificate of importation, sale or transfer; that certificate is the waiver of duty drawback entitlement as signed by the importer of the fabric from Korea.

THE IMPUGNED DECISION

[10] The respondent denied the applicant’s refund claim by letter dated May 17, 2007. After a review of all the documentation submitted by the applicant, the decision maker considered that neither the dresses nor the leftover cuttings were exported. Therefore, he rejected the applicant’s drawback claim.

[11] The letter also mentioned that to allow a drawback for destroyed goods, the goods must fall within the definition of goods being “surplus or obsolete”. In the applicant’s case, it was concluded that the leftover cuttings were not “surplus or obsolete” but must rather be considered as “scrap and waste”. Moreover, for the “scrap and waste” to be eligible for a drawback, the goods must be exported. If the “scrap and waste” goods are not exported, they would be subject to duties at the rate applicable at the time

[7] Même si le défendeur a refusé de donner des instructions sur la façon de détruire les retailles de tissu, la demanderesse en a disposé par la voie de la récupération habituelle des déchets.

[8] Le 1^{er} mai 2007, la demanderesse a déposé une demande de remboursement des droits de douane versés à l’égard des retailles de tissu par l’entremise d’une demande de drawback. La demande de remboursement comportait un certificat de destruction/exportation estampillé par le défendeur. Le certificat de destruction était accompagné à son tour de l’affidavit d’un notaire, témoin de la destruction des retailles de tissu ainsi que par l’affidavit de l’administrateur de l’édifice abritant la demanderesse.

[9] La demande de remboursement de la demanderesse était accompagnée également de l’affidavit du président de la demanderesse et du certificat à l’égard d’importation, de vente ou de transfert; ledit certificat constitue la renonciation au drawback des droits de douane tel qu’il a été signé par l’importateur du tissu de Corée.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[10] Par lettre datée du 17 mai 2007, le défendeur a rejeté la demande de remboursement de la demanderesse. Après avoir examiné tous les documents déposés par la demanderesse, le décideur a estimé que ni les robes ni les retailles de tissu n’avaient été exportées. Par conséquent, il a rejeté la demande de drawback présentée par la demanderesse.

[11] La lettre mentionnait également que, pour que l’on puisse accorder un drawback pour des marchandises détruites, ces marchandises doivent être considérées comme « excédentaires ou surannées ». Dans le cas de la demanderesse, le ministre a conclu que les retailles de tissu n’étaient pas « excédentaires ou surannées », mais plutôt « des résidus ou des déchets ». En outre, pour que « des résidus et des déchets » soient admissibles au drawback, les marchandises doivent être exportées. Si « les résidus et les déchets » ne sont pas

the scrap and waste was produced to merchantable scrap and waste of the same kind imported.

[12] As a result, the manager of the Customs, Compliance Verification Division of the Ministry of Public Safety and Emergency Preparedness denied the applicant's claim for refund of customs duty with respect to the leftover textile cuttings.

THE ISSUE

[13] The only issue to be decided in this application for judicial review is whether the Minister was correct in refusing to consider the leftover cuttings as "obsolete or surplus goods" under paragraph 110(b) of the Act, and consequently, in denying the applicant's drawback claim.

STANDARD OF REVIEW

[14] There is no dispute between the parties as to the applicable standard of review. Both counsel agreed that the issue to be decided, being one essentially of statutory interpretation, calls for the standard of correctness.

[15] Indeed, the matter before this Court has already been canvassed by my colleague Justice Shore in *A & R Dress Co. Inc. v. M.N.R.* (2005), 272 F.T.R. 260 (F.C.). Applying a pragmatic and functional approach, Justice Shore concluded that the four factors to be taken into account pursuant to that approach inescapably led to the conclusion that the standard of review must be that of correctness. That particular finding was endorsed by the Federal Court of Appeal in *A & R Dress Co. Inc. v. M.N.R.* (2006), 353 N.R. 98.

[16] Admittedly, there was no evidence in that case as to whether the leftover material had any merchantable

exportés, ils sont assujettis aux droits de douane au taux applicable au moment de leur production aux résidus et aux déchets vendables du même type qui sont importés.

[12] Par conséquent, le directeur des douanes, Division de la vérification de l'observation du ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile, a rejeté la demande de remboursement des droits de douane présentée par la demanderesse à l'égard des retailles de tissu.

LA QUESTION EN LITIGE

[13] La seule question à trancher dans la présente demande de contrôle judiciaire est celle de savoir si le ministre a eu raison de ne pas considérer les retailles de tissu comme des « marchandises surannées ou excédentaires » au sens de l'alinéa 110b) de la Loi et, par conséquent, de rejeter la demande de drawback de la demanderesse.

LA NORME DE CONTRÔLE

[14] Les parties s'entendent sur la norme de contrôle applicable. Les avocats des parties ont convenu que la question à trancher, étant essentiellement une question d'interprétation de la loi, appelle la norme de la décision correcte.

[15] En fait, la question dont la Cour est saisie en l'espèce a déjà été examinée de façon approfondie par mon collègue le juge Shore dans la décision *A & R Dress Co. Inc. c. M.N.R.*, 2005 CF 681. Appliquant une approche pragmatique et fonctionnelle, le juge Shore a conclu que les quatre facteurs qu'il convenait de retenir selon cette approche conduisaient inévitablement à la conclusion que la norme de contrôle applicable devait être celle de la décision correcte. Cette conclusion particulière a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *A & R Dress Co. Inc. c. M.N.R.*, 2006 CAF 298.

[16] Il est vrai qu'aucune preuve n'indiquait dans cette affaire si les retailles de tissu étaient vendables.

value. This is precisely why the Federal Court of Appeal left undecided the issue that must now be resolved, that is, whether the word “goods” in paragraph 110(b) of the Act must be taken to include merchantable scrap. That being said, the nature of the question at issue in that case was no different from the one raised in the present instance: to determine whether the Minister erred in dismissing a claim by the applicant for a refund of the customs duty which had been paid in respect of the leftover material. The Court has to determine the proper interpretation to be given to paragraph 110(b) of the Act.

[17] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court of Canada held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance; when the analysis has already been made in previous cases, the Court can confidently rely on the result of that analysis. Accordingly, I am of the view that the standard applicable to the Minister’s decision is that of correctness.

ANALYSIS

[18] Part 3 of the Act provides for duties relief on imported goods in some circumstances, as set forth in that Part of the Act and supporting regulations. Division 1 of that Part deals with reduction of rates of custom duties, while Division 2 allows for the importation of some goods without full payment of duties in the circumstances described in sections 83-108 of the Act.

[19] More relevant for our purposes is Division 3 of Part 3, titled “Obsolete or Surplus Goods”. The relevant provisions of that Division are the following [ss. 109 (as am. by S.C. 2005, c. 38, ss. 142, 145), 110, 111 (as am. *idem*, ss. 89(F), 145)]:

109. In this Division, “obsolete or surplus goods” means goods that are

(a) found to be obsolete or surplus

C’est précisément la raison pour laquelle la Cour d’appel fédérale n’a pas tranché la question qui revient en l’espèce, celle de savoir si le terme « marchandises » figurant à l’alinéa 110b) de la Loi doit être interprété comme visant les résidus vendables. Cela étant dit, la nature de la question en litige dans l’affaire précitée n’était pas différente de celle soulevée en l’espèce, à savoir de décider si le ministre a commis une erreur en rejetant la demande de remboursement des droits de douane versés à l’égard des retailles de tissu. La Cour doit déterminer l’interprétation correcte de l’alinéa 110b) de la Loi.

[17] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a jugé qu’il n’était pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse de la norme de contrôle applicable; lorsque l’analyse a déjà été faite dans des décisions antérieures, la Cour peut se fier en toute confiance à son résultat. Par conséquent, je suis d’avis que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre est celle de la décision correcte.

ANALYSE

[18] La partie 3 de la Loi prévoit une exonération de droits à l’égard de marchandises importées dans certaines circonstances, tel qu’il est énoncé dans cette partie de la Loi et ses règlements d’application. La section 1 de cette partie traite de la réduction des taux, alors que la section 2 autorise l’importation de certaines marchandises sans le paiement intégral des droits, dans les circonstances décrites aux articles 83 à 108 de la Loi.

[19] Ce qui nous intéresse plus particulièrement c’est la section 3 de la partie 3, intitulée « Marchandises surannées ou excédentaires ». Les dispositions pertinentes de cette section sont les suivantes [art. 109 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 142, 145), 110, 111 (mod., *idem*, art. 89(F), 145)]:

109. Dans la présente section, « marchandises surannées ou excédentaires » s’entend des marchandises qui, à la fois :

a) sont jugées surannées ou excédentaires par :

(i) in the case of imported goods, by their importer or owner, or

(ii) in any other case, by their manufacturer, producer or owner;

(b) not used in Canada;

(c) destroyed in such manner as the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may direct; and

(d) not damaged before their destruction.

110. If an application is made in accordance with section 111, a refund shall be granted of

(a) all duties, other than the goods and services tax, paid in respect of imported obsolete or surplus goods;

(b) all duties, other than taxes imposed under the *Excise Tax Act*, paid in respect of imported goods processed in Canada, if the goods that result from the processing become obsolete or surplus goods; and

(c) all duties, other than taxes imposed under the *Excise Tax Act*, paid in respect of imported goods, other than fuel or plant equipment, that are directly consumed or expended in the processing in Canada of goods that become obsolete or surplus goods.

111. An application under section 110 must be

(a) made in the prescribed form and manner, with the prescribed information,

(i) if the obsolete or surplus goods were imported, by the importer or owner of those goods, or

(ii) in any other case, by the manufacturer, producer or owner of the obsolete or surplus goods;

(b) accompanied by a waiver referred to in section 119, if applicable, and by the prescribed documents; and

(c) made within five years, or such other time as may be prescribed, after the goods in respect of which it is made are released.

(i) leur importateur ou propriétaire, dans le cas de marchandises importées,

(ii) leur fabricant, producteur ou propriétaire, dans les autres cas;

b) ne sont pas utilisées au Canada;

c) sont détruites selon les instructions du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile;

d) n'ont pas été endommagées avant leur destruction.

110. Sur demande présentée en conformité avec l'article 111, est accordé un remboursement de la totalité des droits qui ont été payés :

a) à l'exception de la taxe sur les produits et services, sur des marchandises surannées ou excédentaires importées;

b) à l'exception des taxes imposées en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, sur les marchandises importées et transformées au Canada, si les marchandises découlant de la transformation deviennent des marchandises surannées ou excédentaires;

c) à l'exception des taxes imposées en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, sur les marchandises importées — sauf le carburant, le combustible ou le matériel d'usine —, directement consommées ou absorbées lors de la transformation au Canada de marchandises qui deviennent surannées ou excédentaires.

111. Les demandes de remboursement prévues à l'article 110 :

a) comportent les renseignements prescrits par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et sont présentées, en la forme qu'il prescrit, par :

(i) l'importateur ou le propriétaire des marchandises surannées ou excédentaires, dans les cas où ces marchandises ont été importées,

(ii) le fabricant, le producteur ou le propriétaire des marchandises surannées ou excédentaires, dans tous les autres cas;

b) comportent la renonciation visée à l'article 119, le cas échéant, et les documents réglementaires;

c) sont présentées dans les cinq ans — ou, le cas échéant, dans le délai réglementaire — suivant le dédouanement des marchandises.

[20] Section 4 of the Act and subsection 2(1) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 24] of the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1] are also relevant:

4. Unless otherwise provided, words and expressions used in this Act and defined in subsection 2(1) of the *Customs Act* have the same meaning as in that subsection.

[*Customs Act*]

2. (1) ...

“goods”, for greater certainty, includes conveyances, animals and any document in any form;

[21] The basic principles which govern the way statutory interpretation is conducted are well known and are succinctly stated by the Supreme Court of Canada in the case of *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21:

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1993) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[22] On the other hand, tax legislation has frequently been applied more literally, owing no doubt to the particularity and detail with which tax statutes are drafted. More recently, the Supreme Court elaborated on the proper approach to be used in construing taxation enactments (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2006] 1 S.C.R. 715) [at paragraphs 21–23]:

In *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, this Court rejected the strict approach to the construction

[20] L’article 4 de la Loi et le paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 24] de la *Loi sur les douanes* [L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1] sont également pertinents et prévoient ce qui suit :

4. Sauf indication contraire, les termes et expressions utilisés dans la présente loi et définis au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes* s’entendent au sens de ce paragraphe.

[*Loi sur les douanes*]

2. (1) [...]

« marchandises » Leur sont assimilés, selon le contexte, les moyens de transport et les animaux, ainsi que tout document, quel que soit son support.

[21] Les principes fondamentaux qui régissent l’interprétation législative sont bien connus et ont été exposés de façon succincte par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21 comme suit :

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) (ci-après « *Construction of Statutes* »); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[22] Par contre, les mesures législatives fiscales ont été fréquemment appliquées à la lettre, sans doute à cause du caractère détaillé et précis de la rédaction des lois fiscales. Plus récemment, la Cour suprême a traité de la méthode appropriée d’interpréter les dispositions fiscales comme suit (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715) [aux paragraphes 21 à 23] :

Dans l’arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l’approche restrictive en

of taxation statutes and held that the modern approach applies to taxation statutes no less than it does to other statutes. That is, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (p. 578): see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. However, because of the degree of precision and detail characteristic of many tax provisions, a greater emphasis has often been placed on textual interpretation where taxation statutes are concerned: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, at para. 11. Taxpayers are entitled to rely on the clear meaning of taxation provisions in structuring their affairs. Where the words of a statute are precise and unequivocal, those words will play a dominant role in the interpretive process.

On the other hand, where the words of a statute give rise to more than one reasonable interpretation, the ordinary meaning of words will play a lesser role, and greater recourse to the context and purpose of the Act may be necessary: *Canada Trustco*, at para. 10. Moreover, as McLachlin C.J. noted at para. 47, “[e]ven where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities.” The Chief Justice went on to explain that in order to resolve explicit and latent ambiguities in taxation legislation, “the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation”.

The interpretive approach is thus informed by the level of precision and clarity with which a taxing provision is drafted. Where such a provision admits of no ambiguity in its meaning or in its application to the facts, it must simply be applied. Reference to the purpose of the provision “cannot be used to create an unexpressed exception to clear language”: see P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5th ed. 2005), at p. 569; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. Where, as in this case, the provision admits of more than one reasonable interpretation, greater emphasis must be placed on the context, scheme and purpose of the Act. Thus, legislative purpose may not be used to supplant clear statutory language, but to arrive at the most plausible interpretation of an ambiguous statutory provision.

[23] It is with these principles in mind that I must now approach the construction of the legislative provisions lying at the core of the present application for judicial review.

matière d’interprétation des lois fiscales et a statué que la méthode d’interprétation moderne s’applique autant à ces lois qu’aux autres lois. En d’autres termes, « 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 » (p. 578) : voir l’arrêt *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l’accent sur l’interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11. Les contribuables ont le droit de s’en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu’il est précis et non équivoque, le texte d’une loi joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation.

Par contre, lorsque le texte d’une loi peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l’objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l’a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l’objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La Juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d’une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d’interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

Le degré de précision et de clarté du libellé d’une disposition fiscale influe donc sur la méthode d’interprétation. Lorsque le sens d’une telle disposition ou son application aux faits ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l’appliquer. La mention de l’objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5^e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l’espèce, la disposition peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable, il faut accorder plus d’importance au contexte, à l’économie et à l’objet de la loi en question. Par conséquent, l’objet d’une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d’une disposition, mais à donner l’interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë.

[23] C’est à la lumière de ces principes que je dois maintenant aborder l’interprétation des dispositions législatives au cœur de la présente demande de contrôle judiciaire.

[24] A careful reading of paragraph 110(b) of the Act reveals that, in order to establish entitlement to the drawback, the following conditions must be met:

- (i) duty must have been paid on imported goods;
- (ii) the imported goods must be processed in Canada;
- (iii) goods must result from the processing;
- (iv) goods which result from the processing must become surplus goods as defined in section 109.

[25] In the present case, there is no doubt that the first two conditions are met. Duty was paid in respect of the imported fabric, and dresses were made in Canada from that imported fabric. It is much less clear that the leftover textile cuttings resulting from this processing are to be considered “goods”, let alone “obsolete or surplus goods” as set forth in section 109.

[26] When construing a legislative provision, one must first look at the words used by Parliament and at the definitions provided in the Act itself. In this respect, the applicant is no doubt correct in stressing that the word “goods” is quite broad in its ambit. Moreover, the definition provided in the *Customs Act*, to which section 4 of the Act refers, appears to be open-ended; the use of the words “for greater certainty” indicates an extensive definition.

[27] That being said, the Court must also take into consideration the general terms of the scheme and the purpose of the legislation, more particularly of Division 3 of Part 3 dealing with “Obsolete or Surplus Goods”. As can be seen from paragraph 2 of Memorandum D7-2-3 released by the Canada Border Services Agency, May 31, 1999 [Obsolete or Surplus Goods], “[t]he purpose of this program is to assist the Canadian industry to compete by reducing costs on goods which

[24] Un lecture attentive de l’alinéa 110b) de la Loi révèle que, afin d’établir le droit au drawback, il faut remplir les conditions suivantes :

- i) les droits doivent avoir été payés sur les marchandises importées;
- ii) les marchandises importées doivent être transformées au Canada;
- iii) les marchandises doivent découler de la transformation;
- iv) les marchandises découlant de la transformation doivent devenir des marchandises excédentaires au sens de l’article 109.

[25] En l’espèce, il n’y a aucun doute que les deux premières conditions ont été remplies. Les droits ont été payés à l’égard du tissu importé et les robes ont été fabriquées au Canada à partir du tissu importé. Il est beaucoup moins clair si les retailles de tissu qui ont découlé de la transformation doivent être considérées comme des « marchandises », et encore moins comme des « marchandises surannées ou excédentaires », ainsi que le prévoit l’article 109.

[26] Lorsqu’il s’agit de l’interprétation d’une disposition législative, il faut examiner les termes utilisés par le législateur ainsi que les définitions prévues dans la Loi elle-même. À cet égard, la demanderesse a sans doute raison de souligner que le terme « marchandises » a un sens assez large. En outre, la définition prévue dans la *Loi sur les douanes*, à laquelle renvoie l’article 4 de la Loi, ne semble pas exhaustive; l’emploi des mots « selon le contexte » indique une définition extensive.

[27] Cela étant dit, la Cour doit également tenir compte de l’économie générale et de l’objet de la loi, et plus particulièrement de la section 3 de la partie 3 qui traite des « Marchandises surannées ou excédentaire ». Comme il ressort du paragraphe 2 du Mémoire D7-2-3 publié le 31 mai 1999 par l’Agence des services frontaliers du Canada [Marchandises surannées ou excédentaires], « [c]e programme a pour but d’accroître la compétitivité de l’industrie canadienne en réduisant

will not enter the domestic market. By allowing the destruction of obsolete or surplus goods, the necessity of exporting imported goods to qualify for an export drawback is removed.”

[28] It is fundamental to the very concept of duties relief that duties be paid before any relief of those duties be granted. Duties, in turn, are both a function of the merchantable value assigned to those goods by international trade and trade agreements, and of policy decisions made by Parliament. Under most circumstances, duties are established by means of a percentage of the merchantable value of the imported goods.

[29] Merchantability is the cornerstone of any taxation scheme, and customs are no exception to that rule. Consequently, I agree with the respondent that even if the definition of “goods” integrated in the Act is quite broad, it must necessarily import a notion of merchantability. When called upon to interpret the words “goods not subject to the consumption or sales tax” in section 1 of Part I of Schedule III of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, Justice Marceau, for the majority of the Federal Court – Appeal Division, adopted that reasoning and wrote (*Enterprises Kato Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R.)*, [1983] F.C.J. No. 1064 (QL)):

The ordinary and accepted meaning of the word “merchandise” [goods] is that of items circulated on the commercial market, items intended for sale....

In using the word “merchandise” and not a more general word such as “article” [article] (a word used elsewhere in the Act) or the word “bien” [good, item or property], in my opinion the legislator disclosed that the exemption was to apply only to containers in which are to be placed goods, items in circulation on the commercial market and destined to be sold, goods offered for sale.

[30] The Federal Court of Appeal explicitly reiterated that reasoning in upholding the decision reached by my colleague Justice Shore in the context of the previous

les coûts sur des marchandises qui ne se retrouveront pas sur le marché canadien. En permettant la destruction des marchandises surannées ou excédentaires, nous dispensons de la nécessité d’exporter les marchandises importées qui auraient été admissibles à un drawback à l’exportation. »

[28] Il est essentiel à la notion même d’exonération de droits que les droits soient payés avant que toute exonération soit accordée. Les droits, par contre, dépendent à la fois de la valeur marchande assignée aux marchandises par le commerce international et les accords commerciaux ainsi que des décisions stratégiques prises par le législateur. Dans la majorité des cas, les droits de douane sont établis au moyen d’un pourcentage de la valeur marchande des marchandises importées.

[29] La qualité marchande constitue le fondement de tout régime fiscal et les douanes ne font pas exception à cette règle. Par conséquent, je suis d’accord avec le défendeur pour dire que même si la définition du mot « marchandises » incorporée dans la Loi a une portée assez large, elle doit nécessairement introduire une notion de qualité marchande. Lorsqu’il a dû interpréter l’expression « marchandises non assujetties à la taxe de consommation ou de vente » de l’article 1, Partie I, Annexe III de la *Loi sur la taxe d’accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, le juge Marceau, au nom de la Section d’appel de la Cour fédérale, a adopté ce raisonnement et a écrit ce qui suit (*Enterprises Kato Inc. c. Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise – M.R.N.)*, [1983] A.C.F. n° 1064 (QL)) :

Le sens ordinaire et courant du mot « marchandises » est celui de biens en circulation sur le marché commercial, biens destinés à être vendus [...]

En utilisant le mot « marchandise » et non un mot plus général comme le mot « article » (un mot qu’il utilise ailleurs dans la Loi) ou encore le mot « bien », le législateur a, à mon sens, voulu indiquer que l’exemption ne pourrait viser que les contenants devant recevoir des biens, des objets en circulation sur le marché commercial et destinés à être vendus, des biens mis en vente.

[30] La Cour d’appel fédérale a repris clairement ce raisonnement en confirmant la décision rendue par mon collègue le juge Shore dans le contexte du litige

litigation between the same parties. On behalf of the Court, Décary J.A. wrote (*A & R Dress Co. Inc. v. M.N.R.*, above, at paragraph 5):

When examining the *Customs Tariff*, one must start from the premise that the word “goods” (“marchandises” in French) refers to “items in circulation on the commercial market and destined to be sold; goods offered for sale” (see *Enterprises Kato Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R.)* [citation omitted]). The need to resort to an authoritative jurisprudential definition arises because even though section 4 of the *Customs Tariff* imports the definition contained in subsection 2(1) of the *Customs Act*, the definition of “goods” in that subsection is of no help in the case at bar. We appreciate that *Enterprises Kato* dealt with the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, but since “duties” is defined in the *Customs Act* as “any duties or taxes levied on imported goods under the *Customs Tariff*, the *Excise Tax Act*...”, it is fair to say that the ordinary and accepted meaning of “goods” applies to both statutes.

[31] As previously mentioned, the Federal Court of Appeal did not have to decide whether paragraph 110(b) applies to merchantable leftover material, as there was no evidence that the leftover was merchantable scrap. Accordingly, the appellant’s claim for refund under that paragraph failed for lack of evidence. In the present case, the evidence is otherwise.

[32] Counsel for the applicant does not dispute that the “goods” referred to in paragraph 110(b) of the Act must have a commercial value and be meant to be sold. However, he somehow took for granted that the leftover textile cuttings have a value and are merchantable scrap as they are “capable of sale”. With all due respect, I cannot agree with that contention.

[33] There is no doubt the bolt of imported textile on which the applicant paid customs duty had a merchantable value. The dresses manufactured from the bolt of imported textile presumably had a merchantable

antérieur entre les mêmes parties. Au nom de la Cour, le juge Décary a écrit ce qui suit (*A & R Dress Co. Inc. c. M.N.R.*, précité, au paragraphe 5) :

Lorsqu’on examine le *Tarif des douanes*, il faut commencer par la prémisse selon laquelle le mot marchandises (*goods* en anglais) signifie « des objets en circulation sur le marché commercial et destinés à être vendus, des biens mis en vente » (voir *Enterprises Kato Inc. c. Canada (Sous-ministre du Revenu national, des Douanes et de l’Accise – M.N.R.)* (C.A.F.), le 31 novembre 1983, A-481-82, le juge Marceau). Il nous faut recourir à une définition qui fait autorité tirée de la jurisprudence parce que, même si l’article 4 du *Tarif des douanes* importe les définitions contenues au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes*, la définition de marchandises dans ce paragraphe ne nous est d’aucun secours pour l’affaire qui nous occupe. Nous reconnaissons que l’arrêt *Enterprises Kato* porte sur la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1970, ch. E-13, mais comme le mot « droits » est défini dans la *Loi sur les douanes* et signifie « les droits ou taxes imposés, en vertu de la *Loi de 2001 sur l’accise*, de la *Loi sur la taxe d’accise*, [...] du *Tarif des douanes* ou de toute autre loi fédérale, sur les marchandises importées... », il est raisonnable de dire que le sens ordinaire et accepté de « marchandises » est le même pour les deux lois.

[31] Comme nous l’avons vu précédemment, la Cour d’appel fédérale n’avait pas à trancher la question de savoir si l’alinéa 110(b) s’appliquait aux retailles de tissu vendables, étant donné qu’il n’y avait aucune preuve que les retailles de tissu constituaient des résidus vendables. Par conséquent, la demande de remboursement présentée par la demanderesse au titre de cet alinéa a été rejetée faute de preuves. En l’espèce, la preuve est à l’effet contraire.

[32] L’avocat de la demanderesse ne conteste pas le fait que les « marchandises » visées à l’alinéa 110(b) de la Loi doivent avoir une valeur commerciale et être destinées à être vendues. Toutefois, il a tenu pour acquis en quelque sorte que les retailles de tissu avaient une certaine valeur et qu’elles constituaient des résidus vendables étant donné qu’elles étaient [TRADUCTION] « susceptibles d’être vendues ». En toute déférence, je ne peux pas souscrire à cet argument.

[33] Il n’y a aucun doute que le coupon de tissu importé sur lequel la demanderesse a payé des droits de douane avait une valeur marchande. Les robes fabriquées à partir du coupon de tissu importé avaient

value, although the same cannot be said of the scrap and waste for which the applicant now seeks to obtain a drawback under paragraph 110(b) of the Act. The president of A&R, Mr. Randy Rotchin, was blunt enough to admit that there is no market for textile scrap and waste, and that in the course of the last five to seven years, it was not economically feasible to sell the textile scrap and waste for which it claims a drawback (transcript of Randy Rothin's examination on affidavit, pages 53 and 56 of the applicant record). The best price the applicant was able to get for its leftover textile cuttings was \$0.05/pound or \$4 for the 80 pounds of scrap and waste for which it claims a drawback. This is far less than the amount of the drawback claimed by the applicant, at \$44.87 (applicant record, at page 29).

[34] In light of the very marginal value of the leftover textile cuttings, and bearing in mind that it appears to be virtually impossible to find a buyer for that scrap in the first place, I cannot bring myself to conclude that these cuttings were destined to be sold and that they have a real commercial value. On that basis alone, I would therefore conclude that the textile cuttings do not meet the conditions of paragraph 110(b) of the Act as they are not "goods" that result from the processing. Consequently, the respondent was correct in refusing the drawback claim of the applicant.

[35] While this would be sufficient to dispose of this application for judicial review, there is another reason for which the applicant cannot succeed. Even if I were prepared to accept that these leftovers are merchantable, they would still not fall within the ambit of the word "goods" in the context of paragraph 110(b) nor could they be considered as "obsolete or surplus goods" for the purposes of section 109 of the Act.

[36] The applicant does not contest that the leftover textile cuttings are a by-product of the manufacturing process, and are for all intents and purposes scrap and waste. They cannot be assimilated to the "goods" referred to in sections 109 and 110. Had Parliament

probablement une valeur marchande. Cependant tel n'est pas le cas des résidus et des déchets pour lesquels la demanderesse cherche à obtenir un drawback au titre de l'alinéa 110b) de la Loi. Le président de A&R, M. Randy Rotchin, a admis sans ménagement qu'il n'existe pas de marché pour les résidus et les déchets textiles et qu'au cours des cinq ou sept dernières années, il n'était pas économiquement réalisable de vendre les résidus et déchets textiles pour lesquels elle demande un drawback (transcription de l'interrogatoire sur affidavit de M. Randy Rothin, pages 53 et 56 du dossier de la demanderesse). Le meilleur prix que la demanderesse s'est vu offrir pour les retailles de tissu était de 0,05 \$ la livre, soit 4 \$ pour les 80 livres de résidus et déchets de tissu pour lesquels elle demande un drawback. Ce montant est bien inférieur à celui du drawback demandé par la demanderesse, soit 44,87 \$ (dossier de la demanderesse, à la page 29).

[34] Compte tenu de la valeur minimale des retailles de tissu, et en gardant à l'esprit qu'il semble pratiquement impossible d'abord de trouver un acheteur pour ces résidus, je ne peux conclure que ces retailles étaient destinées à la vente et qu'elles avaient une réelle valeur commerciale. Pour cette unique raison, je conclurais donc que les retailles de tissu ne remplissent pas les conditions prévues à l'alinéa 110b) de la Loi, vu qu'elle ne constituent pas des « marchandises » découlant de la transformation. Par conséquent, le défendeur a eu raison de rejeter la demande de drawback présentée par la demanderesse.

[35] Cette raison suffirait à rejeter la présente demande de contrôle judiciaire, mais il existe une autre raison pour laquelle la demanderesse ne peut avoir gain de cause. Même si j'étais prêt à accepter que les retailles en question étaient vendables, elles ne seraient toujours pas visées par le mot « marchandises » dans le contexte de l'alinéa 110b) ni considérées comme des « marchandises surannées ou excédentaires », pour l'application de l'article 109 de la Loi.

[36] La demanderesse ne conteste pas le fait que les retailles de tissu constituent un produit dérivé de la fabrication, et sont en réalité des résidus et des déchets. Elles ne peuvent pas être assimilées aux « marchandises » visées aux articles 109 et 110. Le

intended to apply a refund for “obsolete or surplus goods” to scrap and waste, it would have used those words specifically. Indeed, Parliament was well aware of the distinction and enacted a specific regime for by-products, scrap and waste in sections 120–122 of the Act.

[37] Section 122 is particularly interesting as it deals specifically with scrap and waste. Paragraph 89(1)(b) provides a relief of customs duty paid on imported goods processed in Canada and subsequently exported. Scrap or waste resulting from a processing operation is also eligible for relief under this program when the processed goods are exported. However, subsection 122(1) provides that if the scrap or waste is merchantable and would be dutiable if imported, it is not entitled to the relief unless the scrap is exported. The rate of duty to use is that which applies to similar scrap, if it was being imported. In other words, any importer who imports dutiable materials into Canada that undergo a process resulting in scrap and waste does not receive a relief of 100% of the customs duties paid in respect of the imported material unless 100% of the imported material is exported. Any imported material and any scrap and waste derived from the processing of that material in Canada that remains in Canada is subject to the applicable customs duties if it is merchantable.

[38] The same reasoning applies to goods in respect of which an application was made under section 110 or 113 [as am. by S.C. 2002, c. 22, s. 354; 2005, c. 38, ss. 89(F), 142, 145]. Whether the drawback or refund is claimed because the goods are surplus or obsolete (section 110), or because duties were paid on goods for which relief could have been granted under section 89 [as am. by S.C. 2002, c. 22, s. 349; 2005, c. 38, ss. 142, 145] (section 113), it is clear that the amount of the drawback or the refund will have to be reduced by the amount of duty that would be applicable to the sales value of the scrap resulting from a processing operation. This is made clear by a careful reading of subsection

législateur, eût-il eu l'intention de prévoir l'application d'un remboursement pour « marchandises surannées ou excédentaires » aux résidus et déchets, qu'il aurait utilisé ces mots précisément. En effet, le législateur était bien au fait de cette distinction et a adopté un régime particulier pour les sous-produits, les résidus et les déchets aux articles 120 à 122 de la Loi.

[37] L'article 122 revêt un intérêt particulier étant donné qu'il traite précisément des résidus et des déchets. L'alinéa 89(1)b) prévoit une exonération des droits de douane payés sur des marchandises importées transformées au Canada et ultérieurement exportées. Les résidus et déchets découlant d'une transformation sont également admissibles à l'exonération de droits dans le cadre de ce programme lorsque les marchandises transformées sont exportées. Toutefois, le paragraphe 122(1) prévoit que si les résidus ou déchets sont vendables et seraient passibles de droits à l'importation, l'exonération ne peut pas être accordée, à moins qu'ils ne soient exportés. Le taux est celui qui est applicable aux résidus du même type s'ils avaient été importés. Autrement dit, la personne qui importe au Canada des matières passibles de droits de douane faisant l'objet d'une transformation qui occasionne des résidus et des déchets, ne se voit pas accorder une exonération de 100 % des droits de douane payés sur la matière importée, à moins que 100 % de la matière importée soit exportée ultérieurement. Toute matière importée ainsi que tout résidu et tout déchet occasionnés par la transformation de cette matière au Canada et qui restent au Canada sont assujettis à des droits de douane à condition qu'ils soient vendables.

[38] Le même raisonnement s'applique aux marchandises à l'égard desquelles une demande a été présentée au titre des articles 110 ou 113 [mod. par L.C. 2002, ch. 22, art. 354; 2005, ch. 38, art. 89(F), 142, 145]. Que le drawback ou le remboursement soit demandé sur des marchandises excédentaires ou surannées (article 110), ou pour des droits payés sur des marchandises pour lesquelles aurait été accordée une exonération en application de l'article 89 [mod. par L.C. 2002, ch. 22, art. 349; 2005, ch. 38, art. 142, 145] (article 113), il est clair que le montant du drawback ou du remboursement devra être réduit d'un montant équivalent aux droits applicables à la valeur marchande

122(3) of the Act, as explicated by paragraphs 30 and 31 of Memorandum D7-4-2 published by Canada Border Services Agency, January 31, 1996 [Duty Drawback Program].

[39] This regime is clearly distinct and different from the regime put in place for obsolete or surplus goods. In the context of section 110 of the Act, the expression “obsolete or surplus goods” clearly refers to something that is no longer needed or that would have been in excess of what was needed for production. Dictionary definitions of “obsolete” and “surplus” support this understanding [*Black’s Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999]:

obsolete, *adj.* No longer in general use; out-of-date.

...

surplus.1. The remainder of a thing, the residue or excess.

[40] A good cannot be considered “obsolete” or “surplus” if it never had a use or date to begin with. The Act’s legislative provisions clearly treat “scrap” and “waste” differently than “obsolete or surplus goods”. The word “surplus” connotes something that has been manufactured and which could be used if there was a need for it, whereas “scrap” and “waste” is extra material which, by definition, is not used to make the finished product and cannot be considered as goods resulting from the processing nor as the by-product of that processing.

[41] Paragraph 110(a) of the Act contemplates a situation where an importer or a manufacturer, after having paid duties on a bolt of textile, decides for whatever reason not to use all or part of that imported textile. Provided the unused textile meets the requirement of section 109 of the Act, the importer or manufacturer can claim a drawback for the duties paid because it becomes obsolete or surplus goods. The same is true if the manufacturer decides not to market some

des résidus découlant de la transformation. C’est ce qui ressort d’une lecture attentive du paragraphe 122(3) de la Loi, tel qu’il est expliqué aux paragraphes 30 et 31 du Mémorandum D7-4-2 publié le 31 janvier 1996 par l’Agence des services frontaliers du Canada [Programme de drawback].

[39] Ce programme se distingue nettement de celui établi pour les marchandises surannées et excédentaires. Dans le contexte de l’article 110 de la Loi, l’expression « marchandises surannées ou excédentaires » fait clairement référence à quelque chose dont on n’a plus besoin ou qui est en sus de la quantité nécessaire à la production. Les définitions des termes « suranné » et « excédentaire » présentées par les dictionnaires confirment cette interprétation [*Black’s Law Dictionary*, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999] :

[TRADUCTION] **suranné**, *adj.* Qui a cessé d’être en usage; révolu.

[...]

excédentaire.1. Qui est en excédent; ce qui est en plus du nombre, de la quantité fixés.

[40] Une marchandise ne peut être considérée comme surannée ou excédentaire sans un emploi ou une date d’origine. Les dispositions de la Loi traitent les « résidus » et les « déchets » différemment des « marchandises surannées ou excédentaires ». Le mot « excédentaire » signifie quelque chose qui a été fabriqué et qui pourrait être utilisé au besoin, alors que les mots « résidus » et « déchets » signifient des matières supplémentaires qui, par définition, ne sont pas utilisées dans la fabrication du produit fini et ne peuvent être considérées comme des marchandises ni comme des sous-produits découlant de la fabrication.

[41] L’alinéa 110a) de la Loi vise une situation dans laquelle un importateur ou un fabricant, décide, pour une raison ou une autre, après avoir payé les droits de douane sur un coupon de tissu, de ne plus utiliser une partie ou l’ensemble du tissu importé. Pour autant que le tissu non utilisé réponde aux exigences de l’article 109 de la Loi, l’importateur ou le fabricant peut demander un drawback des droits payés en raison du fait que le tissu devient une marchandise surannée ou

or all of the dresses made from the textile bolt. Paragraph 110(b) of the Act would entitle him to a drawback since the dresses would be obsolete or surplus goods (assuming, of course, that the other requirements of section 109 are met). The French version “*marchandises surannées ou excédentaires*” conveys these notions of old-fashioned, out-of-date and in excess of the demand even more explicitly than its English equivalent. They have nothing to do with the concept of scrap and waste.

[42] Counsel for the applicant submitted that the phrase “in respect of which a ... drawback cannot be granted”, in subsection 122(3), would make no sense if merchantable scrap or waste were not “goods” in the first place. Since the first portal through which a potential claimant for drawback must pass is that the surplus goods in respect of which the drawback claim is made must first be “goods”, the above-quoted phrase would be redundant, so the argument goes, since merchantable scrap or waste could never qualify for a drawback.

[43] As ingenious as it is, this reasoning cannot hold sway. The situation contemplated by that subsection is completely different from that of the applicant in the present case. The merchantable scrap to which subsection 122(3) refers would be the leftover textile cuttings that would come into existence as a result of the processing of the textile bolt or dresses for which a refund has already been sought pursuant to section 110. The intention behind subsection 122(3) is to ensure that the drawback claimed for obsolete or surplus goods will be reduced by the amount of customs duties that would have to be paid on the merchantable scrap resulting from the processing of the obsolete or surplus goods. This is entirely different from saying that scrap and waste can itself be considered obsolete or surplus goods.

[44] The conditions set forth in section 109 of the Act make it even more of a stretch to import the notion of scrap and waste into the concept of “surplus goods”.

excédentaire. Il en va de même si le fabricant décide de ne plus commercialiser, en tout ou en partie, les robes fabriquées à partir du coupon de tissu. L’alinéa 110b) de la Loi lui donnerait droit au drawback étant donné que les robes seraient des marchandises surannées ou excédentaires (en présument évidemment que les autres exigences de l’article 109 sont remplies). La version française « marchandises surannées ou excédentaires » exprime ces notions de désuet, révolu et de surplus de la présente demande de manière plus explicite que son équivalent anglais. Cette expression n’a rien à voir avec la notion de résidus et de déchets.

[42] L’avocat de la demanderesse a fait valoir que la phrase « pour lesquels ... [un drawback] ne peut pas être accordé », du paragraphe 122(3), serait illogique si les résidus ou les déchets vendables ne constituaient pas des « marchandises » avant tout. Étant donné que la première démarche qu’un potentiel demandeur de drawback doit suivre est d’établir que les marchandises excédentaires pour lesquelles la demande est présentée font partie de la catégorie des « marchandises », la phrase susmentionnée serait redondante selon cet argument, vu que les résidus ou les déchets vendables ne pourraient jamais être admissibles au drawback.

[43] Aussi ingénieux soit-il, ce raisonnement ne peut pas tenir. La situation décrite au paragraphe susmentionné se distingue totalement de celle de la demanderesse en l’espèce. Les résidus vendables visés au paragraphe 122(3) seraient les retailles de tissu découlant de la transformation du coupon de tissu ou des robes pour lesquelles un remboursement a déjà été demandé en application de l’article 110. Le paragraphe 122(3) vise à faire en sorte que le drawback demandé sur des marchandises surannées ou excédentaires soit réduit d’un montant équivalent au montant des droits de douane qui devraient être payés sur les résidus vendables découlant de la transformation de ces marchandises. C’est tout à fait différent que d’affirmer que les résidus et les déchets visés peuvent être considérés comme des marchandises surannées ou excédentaires.

[44] Les conditions énoncées à l’article 109 de la Loi rendent encore plus difficile d’intégrer la notion de résidus et déchets dans le concept de « marchandises

To fall within section 109 and qualify for the refund, imported goods cannot be damaged before destruction. No one can reasonably suggest that the leftover cuttings in the instance are goods that could be “damaged”; they are already “scrap and waste”.

[45] Finally, I think it is common sense that Parliament could not intend to allow for a refund of customs duties on all leftovers and residues of a manufacturing process. One only needs to envisage the difficulty of assessing the value of the sawdust resulting from the manufacturing of furniture from imported wood to grasp the incongruity of construing “surplus goods” as encompassing scrap and waste resulting from the processing of imported goods.

[46] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that the respondent’s representative did not err in denying the applicant’s drawback claim. Accordingly, this application for judicial review is dismissed.

ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review be dismissed, with costs in favour of the respondent.

excédentaires ». Pour satisfaire aux exigences énoncées à l’article 109 et devenir admissibles au remboursement, les marchandises importées ne peuvent pas être endommagées avant leur destruction. Personne ne peut raisonnablement soutenir que les retailles de tissu en l’espèce constituent des marchandises qui pourraient être « endommagées »; elles constituent déjà « des résidus et des déchets ».

[45] Enfin, j’estime qu’il est logique de croire que le législateur n’avait pas l’intention d’accorder un remboursement des droits de douane sur tous les résidus et déchets découlant du processus de fabrication. Il suffit d’imaginer la difficulté d’apprécier la valeur de la sciure de bois résultant de la fabrication de meubles à partir de bois importé pour saisir l’incongruité d’interpréter l’expression « marchandises excédentaires » comme englobant les résidus et déchets découlant de la transformation de marchandises importées.

[46] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis donc d’avis que le représentant du défendeur n’a pas commis d’erreur en rejetant la demande de drawback présentée par la demanderesse. Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée avec dépens en faveur du défendeur.

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.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of immigration officer's decision rejecting application for husband to be granted permanent residence—Applicant, son granted permanent residence in September 2005, but husband's application delayed—Application for *mandamus* granted, respondent ordered to process husband's application within 90 days—However, this was not done—Husband fleeing from Sri Lanka to India, requesting file be transferred thereto—Immigration officer rejecting this request, refusing to carry out admissibility interview by teleconference—Immigration officer subsequently rejecting application on basis husband failing to appear for interview—Reasons given by immigration officer for refusing file transfer, teleconference debatable, illogical, without regard to nature and weight of rights at stake—Immigration officer misconceiving relevant statutory provisions, showing no concern about this when error pointed out—Excessive delays, lack of comprehension, cooperation and obstinacy of immigration officer constituting such extraordinary situation directed decision pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) justified—This was special case justifying award of costs as immigration officer circumventing direct Court order—Application allowed.

BAGEERATHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3939-08, 2009 FC 513, Frenette D.J., judgment dated May 21, 2009, 14 pp.)

Judicial review of Canada Border Services Agency officer's decision applicant not eligible for administrative deferral of removal under public policy under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1) to facilitate processing in accordance with the Regulations of the spouse or common-law partner in Canada class by reason of outstanding criminal charges against applicant—Applicant, citizen of Nigeria married to Canadian citizen, charged with two counts of sexual assault—Challenging constitutionality of Policy on basis violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 11(d)—With respect to Charter, s. 7 rights, applicant entitled to pre-removal risk assessment prior to removal—As to rights to be presumed innocent under Charter, s. 11(d), that right not extending to administrative proceedings where innocence not at stake—As such Charter, ss. 7, 11(d) not engaged by reason of Policy—Application dismissed—Question certified as to whether Policy violating Charter, ss. 7, 11(d).

ENABULELE V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-3486-08, 2009 FC 641, Blanchard J., judgment dated June 17, 2009, 16 pp.)

CROWN**REAL PROPERTY**

Judicial review of decision of Minister of Public Works and Government Services Canada accepting Payment in Lieu of Taxes Dispute Advisory Panel recommendation in respect of assessment value of certain property at Halifax Citadel for purposes of federal payments in lieu of taxes under *Payment in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13—Scope of Minister’s decision in determining property value—Act, s. 2(1) defining property value as value that, in opinion of Minister, would be attributable by assessment authority to federal property—Minister’s discretion circumscribed by reasonableness of assessment authority’s determination—Panel embarking on inquiry as to what it would do in respect of valuations rather than engaging in inquiry as to unreasonableness of assessment—As Panel’s reasons those of Minister, Minister’s decision suffering from same infirmity—As to reasonableness of Panel’s decision, Panel’s reasoning, conclusion not justified, transparent, intelligible—Application allowed.

HALIFAX REGIONAL MUNICIPALITY V. CANADA (PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-215-08, 2009 FC 670, Phelan J., judgment dated June 26, 2009, 21 pp.)

ENVIRONMENT

Judicial review of Recovery Strategy for the Greater Sage-Grouse in Canada posted by Minister of Environment under *Species at Risk Act* (SARA), S.C. 2002, c. 29—SARA, s. 41(1)(c) requiring Minister identify in recovery strategy document as much critical habitat as it is possible to identify at that time, even if all of it cannot be identified, based on best available information—Minister’s decision no critical habitat could be identified unreasonable, made without regard to material before Minister—While best available information may change over time, identification of critical habitat cannot be postponed for that reason—Application allowed.

ALBERTA WILDERNESS ASSOCIATION V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-241-08, 2009 FC 710, Zinn J., judgment dated July 9, 2009, 35 pp.)

FISHERIES

Judicial review of decision by Minister of Fisheries and Oceans to allocate individual snow crab quota of 0.050925% to Eastern New Brunswick groundfish-dependent fishers—According to applicants, Minister’s decision containing several errors—In applying principles stated in case law, evident that nature of fishing carried on, vessel size as well as operating costs clearly relevant considerations in determining allocation percentage—Minister’s decision therefore not unreasonable—Minister also not in breach of his duty to act fairly—Generally, principles of natural justice not applicable to legislative or policy decisions—Even though Minister’s decision had direct impact on limited number of people, no doubt that this decision aimed to establish fisheries management policy—*Fisheries Act*, R.C.S., 1985, c. F-14 giving Minister almost absolute discretion extending not only to decision but also to procedure in making it—Application dismissed.

MAINVILLE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1289-07, 2009 FC 720, Gauthier J., judgment dated July 13, 2009, 19 pp.)

FOOD AND DRUGS

Appeal from decision of Canadian Food Inspection Agency (CFIA) denying return to Canada of applicant’s agricultural product, which consisted of 62 drums of raw honey—Applicant exporting raw honey to U.S.—United States Food and Drug Administration (U.S. FDA) sampling honey upon entry in U.S., finding unacceptable quantities of filth, debris, including paint chips which were leaching lead—U.S. FDA detaining contaminated product—Applicant requesting return of honey to Canada for further testing—That request denied by CFIA, citing contraventions to *Honey Regulations*, C.R.C., c. 287, ss. 4.1(1), 16(f), *Canada Agricultural Products Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 20, s. 17—CFIA correctly exercising discretion in holding that, pursuant to Regulations, s. 50, honey could not be returned to Canada to be sold as human food since not meeting requirements of Regulations, s. 4.1(1)—No statutory, regulatory obligation honey be allowed into Canada for re-testing—Even if CFIA having discretion to allow product into Canada, denial not unreasonable—CFIA could rely on U.S. FDA’s evidence in absence of acceptable evidence to the contrary—Fact no exception to Regulations, s. 4.1(1) where honey marketed “in import” (as opposed to export) suggesting contaminated honey not meeting requirements will be refused entry into Canada—CFIA

FOOD AND DRUGS—Concluded

having considerable discretion to determine whether food meeting quality, safety standards imposed by various acts, regulations—Appeal dismissed.

HILBERT HONEY CO. LTD V. CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY) (T-1520-08, 2009 FC 818, Russell J., judgment dated August 11, 2009, 45 pp.)

Judicial review of refusals by Canadian Food Inspection Agency (CFIA) to permit applicants to test market in Canada baby food in sizes other than those authorized by *Processed Products Regulations*, C.R.C., c. 291—Under Regulations, s. 9.1(5)(a), CFIA Director may authorize test marketing if satisfied food product will not disrupt “normal or usual trading patterns” of industry—Whether s. 9.1(5)(a) *ultra vires* as beyond scope of enabling legislation—Neither *Canadian Agricultural Act* (Act), R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 20, nor Regulations defining, describing how patterns determined—Act directed to provision of food to Canadian marketplace for consumption, use, not purporting to regulate patterns of marketplace—CFIA having no mandate to regulate normal, usual patterns in food industry—Therefore, s. 9.1(5)(a) *ultra vires*—CFIA’s refusals set aside since based solely on s. 9.1(5)(a)—Even without *ultra vires* finding, refusals unreasonable since CFIA not establishing “normal and usual” patterns of industry—Decisions flawed, lacking transparency—Applications allowed.

SELECT BRAND DISTRIBUTORS INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-357-07, T-2098-07, 2009 FC 547, Hughes J., judgment dated May 27, 2009, 17 pp.)

INCOME TAX

Application under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 147.1(13) to vary date when revocation of employee pension plan becoming effective—Act, s. 147.1(12) construed—M.N.R. issuing notice of intent to revoke registration of plan as of initial registration date since no evidence plan ever complying with *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 8502(a)—Administrator of plan applying for revocation as of later date—Issue of which date prevailing under Act, s. 147.1(12) when M.N.R. issuing notice of intent to revoke as of one date, administrator applying for revocation as of later date novel—Subject to Court’s discretion under Act, s. 147.1(13), M.N.R.’s view necessarily prevailing in present case—Court recognizing M.N.R.’s responsibility for administration of Act, including taking measures to close down employee pensions plans not meeting statutory criteria for favourable tax treatment—Minister acting within statutory power under s. 147.1(12)—No basis herein for Court to vary date of revocation specified in M.N.R.’s notice—Application dismissed.

HODGE V. M.N.R. (A-524-08, 2009 FCA 210, Evans J.A., judgment dated June 19, 2009, 11 pp.)

INCOME CALCULATION*Dividends*

Appeal from T.C.C. decision (2007 TCC 481) partially allowing appeal from M.N.R. assessment against appellant’s predecessor as result of application of general anti-avoidance rule (GAAR) under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 245(2)—Assessment arising out of 1995 redemption of preferred shares in capital of appellant held by non-resident corporation—Appellant under impression that because paid-up capital (PUC) of redeemed shares equal to proceeds paid to non-resident corporation, not necessary to withhold any income tax in respect of redemption proceeds—Minister determining PUC of redeemed shares less than amount of proceeds, redemption thus giving rise to deemed dividend—T.C.C. upholding application of GAAR, but not assessment of penalty—Act, s. 245(2) specifying tax benefit may only be denied under GAAR if resulting from avoidance transaction or series of transactions including avoidance transaction—Minister relying on 1993 share sale, part of first series of transactions, as avoidance transaction but acknowledging alleged tax benefit herein not arising until 1995 redemption—Issue whether first series deemed to include 1995 redemption by virtue of Act, s. 248(10)—Debate between parties focussing on degree of closeness of connection having to be shown between series of transactions, related transaction for purposes of Act, s. 248(1)—If a series is a motivating factor with respect to completion of subsequent transaction, transaction can be said to have been completed “in contemplation of the series” and direct causal relationship between series, transaction, need not be established—This standard reconcilable with test stated in *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288 (C.A.), broadened in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601—Fact (1) use of preserved PUC as means of reducing or eliminating withholding tax on distribution of funds or property by Canadian corporation to

INCOME TAX—Concluded

non-resident shareholders elementary form of income tax planning, (2) tax loss utilization transactions undertaken in first series complex, belying any suggestion preserved PUC in those transactions not contemplated by appellant when 1995 redemption undertaken—As such, conclusion PUC preservation occurring in first series motivating factor in relation to completion of 1995 redemption unassailable—Relatively close temporal connection between transactions also militating against assertion extreme degree of remoteness 1995 redemption would be undertaken—T.C.C. properly interpreting s. 248(10), not erring in concluding 1995 redemption forming part of first series—T.C.C. finding 1993 share sale avoidance transaction not palpable, overriding error—As to whether this avoidance transaction constituting abuse, misuse of provisions of Act, Court finding principles respecting calculation of PUC offended, Act, s. 89(1)(b)(iii) abused—While s. 89(1)(b)(iii) not technically provision of Act since incorporating by reference statutory provisions from other Acts, GAAR may apply by virtue of s. 245(4)(a)(v)—T.C.C. determining that purpose of requirement to eliminate PUC of intercorporate shareholdings on amalgamation is to avoid duplicative additions to PUC of amalgamated corporation—T.C.C. thus finding that elimination of intercorporate shareholdings by virtue of 1993 share sale resulting in circumvention of that requirement in abusive manner—These determinations open to T.C.C.—Appeal dismissed.

COPTHORNE HOLDINGS LTD. v. CANADA (A-416-07, 2009 FCA 163, Ryer J.A., judgment dated May 21, 2009, 37 pp.)

NON-RESIDENTS

Request under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 116 for exemption under *Agreement between Canada and Barbados for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income and on Capital*, as enacted by *Canada-Barbados Income Tax Agreement Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Schedule IX (Treaty)—Applicants submitting Treaty exempting trust from paying capital gains tax in Canada on disposition of company shares because trust resident in Barbados—Act, s. 116, dealing with disposition by non-resident vendors of taxable Canadian property, predating Treaty—Because Treaty silent on interaction between Treaty, Act, s. 116, Treaty paramount; decisions about residence, treaty exempt property to be based solely on language of Treaty—When no tax owing because of tax treaty, Act, s. 116 should not be used to accomplish enforcement, collection objectives—Pending amendments to Act confirming s. 116 not applying to treaty-exempt property—M.N.R. purporting to extend powers beyond those contemplated under Act, s. 116—Applicants entitled to binding ruling from respondent about whether shares treaty exempt property.

MORRIS v. M.N.R. (T-1899-07, 2009 FC 434, Simpson J., order dated April 29, 2009, 15 pp.)

REASSESSMENT

Motion by respondent to strike application on basis matters in dispute dealing with “assessments”, those matters within sole jurisdiction of Tax Court of Canada (T.C.C.)—Reassessments not sent to applicant’s mailing address, meaning notices of assessment not valid—Not possible for applicant to file notices of objection without valid notices of assessment—Appeal to T.C.C. requiring notice of objection be filed—Applicant thus having no appeal rights to T.C.C.—As no decision for T.C.C. to review, T.C.C. not having jurisdiction—While minister correct to say assessments falling exclusively within jurisdiction of T.C.C., since no “valid” assessment herein, matter to be determined by Federal Court—Motion dismissed.

CARTER v. CANADA (T-465-09, 2009 FC 846, Aalto P., order dated August 26, 2009, 11 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Action wherein Scanwell Logistics Ltd. claiming unpaid freight from H. Paulin Co. Ltd. for carriage of goods by sea and by rail—Meaning of term “freight prepaid” notation on bills of lading, similar receipts—Relationships between parties complex, involving three distinct contracts of affreightment—H. Paulin, shipper, purchaser of cargo, hired A Plus, who hired Scanwell, who in turn hired Orient Overseas Container Line—H. Paulin not liable to Scanwell, statement freight prepaid limiting Scanwell’s recourse to *in personam* claim against A Plus—Scanwell also making claim on *quantum meruit* basis—

MARITIME LAW—Concluded

Overall contract including obligation of shipper to pay freight—That contract clearly stating freight prepaid—*Quantum meruit* not applicable as H. Paulin not unjustly enriched—Counterclaim dismissed.

H. PAULIN & CO. LTD. v. A PLUS FREIGHT FORWARDER CO. LTD. (T-1340-07, 2009 FC 727, Harrington J., judgment dated July 16, 2009, 22 pp.)

PATENTS

Action brought by plaintiff for damages, other relief under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 concerning Canadian Patent No. 1204671 ('671 patent)—Prohibition order granted in 1996 (67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.)) finding '671 patent within scope of Regulations—Regulations amended in 1998—Whether 1993 or 1998 version of Regulations applicable to plaintiff's claims in action—Proceeding in which prohibition order granted, set aside final when amendments to Regulations came into force—Fact judgment later varied, set aside not meaning matter was "pending" within the meaning of Regulations, s. 9(6)—1993 version of Regulations thus applicable—Had 1998 Regulations applied, events respecting prohibition order proceedings would have triggered s. 8 of those Regulations—However, these events not triggering s. 8 of 1993 Regulations since invalidity of '671 patent not occurring in context of Regulations application but in separate action—No unreasonable delay by Minister in issuing notice of compliance to plaintiff—Action dismissed.

APOTEX INC. v. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. (T-1168-01, 2009 FC 494, Hughes J., judgment dated May 12, 2009, 45 pp.)

Judicial review of Governor in Council's 2006 enactment of section C.08.004.01 (data protection regulation) of *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870—*Vires* of *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 30(3), data protection regulation at issue herein—Act, s. 30(3) giving Governor in Council authority to enact regulations for purpose of implanting specified data protection provisions of North American Free Trade Agreement (NAFTA), Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)—Data protection regulation, introducing period of market exclusivity by imposing eight year moratorium on approval for marketing of generic copy of previously approved new drug, *intra vires* as constitutionally valid exercise of federal legislative power under *Constitution Act, 1867*, s. 91(2) regulation of trade, commerce—Not beyond regulatory power of Governor in Council as properly concerned with data protection for innovator drug companies required to provide confidential data to secure notice of compliance—Permissible sub-delegation by Parliament to Governor in Council since delegated power constrained by limitations in NAFTA, TRIPS—Applications dismissed.

CANADIAN GENERIC PHARMACEUTICAL ASSN. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1976-06, T-2047-06, 2009 FC 725, Mandamin J., judgment dated July 17, 2009, 63 pp.)

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 744) prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex in respect of levofloxacin hemihydrate tablets until expiry of Canadian Patent No. 1304080 ('080 patent)—'080 patent subject of previous legal proceedings in Canada—Federal Court concluding Apotex not meeting requirements set out in *Sanofi-Aventis v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 174 (C.A.) that better evidence, arguments be put forward to relitigate same, similar issues, thus abuse of process for Apotex to relitigate '080 patent—Nothing in *Sanofi-Aventis* supporting conclusion second person cannot send notice of allegation to patentee, respond to patentee's application for prohibition on similar grounds to those put forward by different generic manufacturer in other proceedings with same patentee, unless having better evidence, more appropriate legal argument—No abuse of process herein—Federal Court's misunderstanding of *Sanofi-Aventis* tainting its assessment of evidence—Required to assess evidence put forth by both parties independently of previous findings—Appeal allowed, Layden-Stevenson J.A., dissenting.

JANSSEN-ORTHO INC. v. APOTEX INC. (A-373-08, 2009 FCA 212, Nadon and Layden-Stevenson JJ.A., judgment dated June 22, 2009, 47 pp.)

PATENTS—Concluded

Judicial review of Patented Medicine Prices Review Board's decision requiring patentees report, pursuant to *Patented Medicines Regulations*, SOR/94-688, ss. 4(1)(f),(4), rebates, payments made to third parties, including negotiated price agreements with provinces, so that these payments may be included in calculation of average price for sales of patented medicines—This information used by Board to determine whether patented medicines being sold at excessive prices—Board's jurisdiction limited to "factory-gate" prices (i.e. transaction between patentee, first purchaser)—Regulations, s. 4(1)(f) contemplating sale to customer—*Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, C.01.043(1) identifying who patentees can sell prescription medication to without prescription—That section contemplating transfer of physical product to entity that takes title to, possession of patented medicine in exchange of valuable consideration (i.e. a sale)—This sale not encompassing relationship between patentees, provinces—Provinces also not customers of patentees—Board acting outside jurisdiction—Regulations, ss. 4(1)(f),(4) not authorizing Board to require reporting of rebates, payments made to third parties by manufacturers of patented medicines—Applications allowed.

PFIZER CANADA INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1442-08, T-1447-08, 2009 FC 719, Mactavish J., judgment dated July 10, 2009, 29 pp.)

PRACTICE

Judicial review of failure, refusal, neglect of Commissioner of Patents to grant patent in respect of Canadian Patent Application No. 2119921—Whether Commissioner may restart examination of application after disposing of all defects alleged in examiner's rejection labelled "Final Action" under *Patent Rules*, SOR/96-423, s. 30—Under relevant rules, i.e. rr. 30(3),(4),(6), if good faith impasse reached between examiner, applicant, applicant entitled to hearing about validity of outstanding issues causing examiner to reject application—Word "outstanding" in r. 30(4) indicating defects identified in final action comprehensive rather than mere selection—Interpretation harmonious with object, intention of scheme—Given manual of Patent Office Practice, language of r. 30, scheme of *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, amendment to provision regarding "Final Actions", clear final action must dispose of patent application—Following Patent Appeal Board hearing, Commissioner must either refuse patent application under Act, s. 40 or grant application under s. 27—Application allowed.

BELZBERG V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (T-248-08, 2009 FC 657, Simpson J., judgment dated June 23, 2009, 18 pp.)

PRACTICE**CONTEMPT OF COURT**

Motion for contempt brought by applicant under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 466(b) on basis respondent Mr. Mickey Yeung breaching order issued by Justice von Finckenstein on October 25, 2006—Legal principles with respect to contempt of court examined—Party alleging contempt having to show *prima facie* case of wilful, contumacious conduct on contemnor's part—Intention to do or refuse to do what is ordered by court in civil proceeding needed to establish civil contempt—Evidence of impossibility to comply, due diligence may constitute legitimate excuse for not complying with order—Applicant failing to establish, beyond reasonable doubt, all requisite elements of test for civil contempt—Respondent Yeung's failure to comply with order not deliberate, intentional—Motion dismissed—Lump sum in lieu of any assessed costs awarded to respondent Yeung.

CANADIAN PRIVATE COPYING COLLECTIVE V. FUZION TECHNOLOGY CORP. (T-1655-04, 2009 FC 800, Martineau J., judgment dated August 5, 2009, 41 pp.)

PUBLIC SERVICE**TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 740) setting aside order reinstating appellant at Correctional Service Canada (CSC)—Appeal raising question of how rules of conduct promulgated by employer in federal public service apply to criminal convictions of public servants employed by CSC—Commissioner of Corrections having delegated authority to establish standards of discipline—Exercising authority by promulgating Commissioner's Directive No. 060, including Code of Discipline, Standards

PUBLIC SERVICE—Concluded

stemming therefrom—Appellant dismissed from CSC after pleading guilty to criminal harassment—Ordered reinstated because employer not establishing proven link between workplace, off-duty conduct for which dismissed—Adjudicator reaching that decision on basis factors in *Millhaven Fibres Ltd. v. Oil, Chemical & Atomic Workers International Union, Local 9-670*, [1967] O.L.A.A. No. 4 (QL) test not met—Applications Judge proceeding on basis of Commissioner’s Standards, not *Millhaven Fibres* test, even though that issue not raised by parties—Determining proper standard of review for adjudicator’s decision that of correctness—That assessment wrong—Adjudicator expert public service labour relations tribunal, acting squarely within expertise—Proper standard reasonableness—Normally judge dealing only with issues raised by parties, however must be room for courts to intervene where parties’ characterization of issue creating risk of deforming law—Applications Judge rightfully raising issue of standard against which to measure appellant’s conduct—If Commissioner having right to promulgate Code of Discipline, then also having right to assess employee’s conduct against rules set out in Code—Applicability of Commissioner’s Standards to off-duty conduct not arising in way it did in *Millhaven Fibres*—Many reasons why criminal convictions raising different issues in correctional context than other contexts—These considerations having direct bearing on issues before adjudicator—Failure to apply Commissioner’s Standards unreasonable—Appeal dismissed.

TOBIN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-368-08, 2009 FCA 254, Pelletier J.A., judgment dated August 27, 2009, 33 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.

ALIMENTS ET DROGUES

Appel de la décision par laquelle l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA) a refusé d'admettre au Canada le produit agricole de la demanderesse, soit 62 fûts de miel brut—La demanderesse exportait du miel brut aux É.-U.—La Food and Drug Administration des États-Unis (FDA) a prélevé un échantillon de miel à son entrée aux É.-U. et a trouvé des quantités inacceptables de saleté et de débris, dont des éclats de peinture qui libéraient du plomb—La FDA a détenu le produit contaminé—La demanderesse a demandé que le miel soit retourné au Canada pour le soumettre à d'autres essais—Cette demande a été rejetée par l'ACIA, qui a invoqué des manquements aux art. 4.1(1) et 16f) du *Règlement sur le miel*, C.R.C., ch. 287 et à l'art. 17 de la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 20—L'ACIA a exercé à juste titre son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle a statué que le miel ne pouvait pas, selon l'art. 50 du Règlement, être retourné au Canada pour le destiner à l'alimentation humaine parce qu'il ne répondait pas aux exigences de l'art. 4.1(1) du Règlement—Il n'existe aucune obligation imposée par la loi ou un règlement pour permettre que le miel soit admis au Canada afin de le soumettre à d'autres essais—Même si l'ACIA disposait du pouvoir discrétionnaire d'accueillir le produit au Canada, le refus n'était pas déraisonnable—L'ACIA pouvait invoquer la preuve de la FDA en l'absence d'une preuve contraire acceptable—Le fait qu'il n'y ait pas d'exception à l'art. 4.1(1) du Règlement, où la commercialisation du miel « est liée à l'importation » (par opposition à l'exportation), donne à penser que le miel contaminé qui ne répond pas aux exigences ne pourra pas être admis au Canada—L'ACIA dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour établir si des aliments satisfont aux normes de qualité et de sécurité imposées par diverses lois et divers règlements—Appel rejeté.

HILBERT HONEY CO. LTD. C. CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS) (T-1520-08, 2009 CF 818, juge Russell, jugement en date du 11 août 2009, 45 p.)

Contrôle judiciaire des refus de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'ACIA) d'autoriser les demandereses à effectuer un essai de mise en marché au Canada d'aliments pour bébé dans des formats autres que ceux prévus dans le *Règlement sur les produits transformés*, C.R.C., ch. 291—Suivant l'art. 9.1(5)a) du Règlement, le directeur de l'ACIA peut accorder l'autorisation d'effectuer un essai de mise en marché s'il est convaincu que le produit alimentaire ne perturbera pas la « structure commerciale habituelle » du secteur—Il s'agissait de savoir si l'art. 9.1(5)a) outrepassait la portée de la loi habilitante—Ni la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 20, ni le Règlement ne définit cette expression ou n'indique comment la structure est établie—La Loi régit la distribution d'aliments sur le marché canadien en vue de leur consommation et utilisation; elle n'a pas pour objet de réglementer la structure commerciale—L'ACIA n'a pas pour mandat de réglementer la structure commerciale habituelle du secteur—L'art. 9.1(5)a) est donc *ultra vires*—Les refus de l'ACIA ont été annulés parce qu'ils reposaient uniquement sur l'art. 9.1(5)a)—Même sans la conclusion quant à l'invalidité, les refus étaient déraisonnables parce que l'ACIA n'a pas fait état d'une « structure commerciale habituelle » du secteur—Les décisions étaient viciées et manquaient de transparence—Demandes accueillies.

SELECT BRAND DISTRIBUTORS INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-357-07, T-2098-07, 2009 CF 547, juge Hughes, jugement en date du 27 mai 2009, 17 p.)

BREVETS

Action intentée par la demanderesse pour obtenir des dommages-intérêts ou une autre mesure de redressement en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)*, DORS/93-133, à l'égard du brevet canadien n° 1204671 (le brevet '671)—L'ordonnance d'interdiction rendue en 1996 ([1996] A.C.F. n° 348 (C.F. 1^{re} inst.) (QL)) précisait que le brevet '671 était visé par le Règlement—Le Règlement a été modifié en 1998—Il s'agissait de savoir si la version du Règlement de 1993 ou de 1998 s'appliquait aux revendications faites par la demanderesse dans l'action—L'instance dans le cadre de laquelle l'ordonnance d'interdiction a été rendue, puis annulée, était définitive lorsque les modifications apportées au Règlement sont entrées en vigueur—Le fait que le jugement a été modifié par la suite, puis annulé, ne signifiait pas que l'affaire était « pendante » au sens de l'art. 9(6) du Règlement—La version de 1993 s'appliquait donc—Si la version de 1998 avait été applicable, les événements relatifs à la procédure d'interdiction auraient donné ouverture à l'art. 8 du Règlement—Cependant, ces événements n'ont pas donné ouverture à l'art. 8 de la version du Règlement de 1993 parce que l'invalidité du brevet '671 ne découlait pas du Règlement, mais plutôt d'une action distincte—Il n'y avait aucun retard déraisonnable de la part du ministre à délivrer l'avis de conformité à la demanderesse—Action rejetée.

APOTEX INC. C. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. (T-1168-01, 2009 CF 494, juge Hughes, jugement en date du 12 mai 2009, 45 p.)

Contrôle judiciaire de l'adoption en 2006, par le gouverneur en conseil, de l'article C.08.004.01 (le règlement sur la protection des données) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870—La validité de l'art. 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 et du règlement sur la protection des données était en cause en l'espèce—L'art. 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements pour la mise en œuvre de dispositions précises sur la protection des données de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)—Le règlement sur la protection des données introduit une période d'exclusivité sur le marché en imposant un moratoire de huit ans sur l'approbation de la commercialisation d'une copie générique d'une drogue nouvelle approuvée auparavant; il est dans les limites du pouvoir puisqu'il constitue un exercice constitutionnel de la compétence législative fédérale en application de l'art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit la réglementation du trafic et du commerce—Il n'outrepasse pas le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil parce qu'il régit à juste titre la protection des données des entreprises innovatrices qui sont tenues de fournir des données confidentielles pour obtenir un avis de conformité—Il s'agissait d'une subdélégation permmissible du législateur au gouverneur en conseil étant donné que le pouvoir est encadré par les restrictions énoncées dans l'ALENA et l'Accord sur les ADPIC—Demandes rejetées.

ASSOCIATION CANADIENNE DU MÉDICAMENT GÉNÉRIQUE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1976-06, T-2047-06, 2009 CF 725, juge Mandamin, jugement en date du 17 juillet 2009, 63 p.)

Appel de la décision (2008 CF 744) de la Cour fédérale interdisant au ministre de la Santé de délivrer à Apotex un avis de conformité à l'égard de comprimés de lévofloxacine semi-hydratée jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 1304080 (le brevet '080)—Le brevet '080 a fait l'objet d'actions en justice antérieures au Canada—La Cour fédérale a conclu qu'Apotex n'a pas rempli les exigences énoncées dans *Sanofi-Aventis c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 174 (C.A.) selon lesquelles de meilleurs éléments de preuve ou des arguments plus valables devaient être fournis pour faire juger à nouveau les mêmes questions ou des questions semblables; le fait qu'Apotex fasse juger à nouveau le brevet '080 constituait un abus de procédure—Rien dans *Sanofi-Aventis* n'appuie la conclusion portant que la seconde personne ne peut envoyer un avis d'allégation au breveté et répondre à la demande d'interdiction de celui-ci pour des motifs semblables à ceux avancés par un autre fabricant de produits génériques dans une autre instance visant le même breveté à moins de fournir de meilleurs éléments de preuve ou un argument juridique plus valable—Il n'y avait aucun abus de procédure en l'espèce—La Cour fédérale s'est méprise quant à son interprétation de l'affaire *Sanofi-Aventis*, ce qui a entaché son appréciation de la preuve—Elle était tenue d'apprécier la preuve produite par les deux parties sans tenir compte des conclusions antérieures—Appel accueilli, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., dissidente.

JANSSEN-ORTHO INC. C. APOTEX INC. (A-373-08, 2009 CAF 212, juges Nadon et Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 22 juin 2009, 47 p.)

BREVETS—Fin

Contrôle judiciaire de la décision du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés obligeant les brevetés à fournir, en vertu des art. 4(1)f) et 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/94-688, les rabais et les paiements consentis à des tiers, y compris les ententes au sujet de prix négociés avec des provinces, pour que ces paiements puissent être inclus dans le calcul du prix moyen des ventes de médicaments brevetés—Le Conseil utilisait ces renseignements pour établir si des médicaments brevetés étaient vendus à des prix excessifs ou non—La compétence du Conseil ne vise que les prix départ usine (c.-à-d. l'opération entre le breveté et le premier acheteur)—L'art. 4(1)f) du Règlement porte sur la vente à un client—L'art. C.01.043(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, énumère les brevetés qui peuvent vendre, sans ordonnance, un médicament sur ordonnance—Cette disposition vise la cession d'un produit physique à une entité qui obtient le titre de propriété et la possession du médicament breveté en échange d'une contrepartie valable (c.-à-d. une vente)—Cette vente ne s'applique pas à la relation entre les brevetés et les provinces—En outre, les provinces ne sont pas les clientes des brevetés—Le Conseil a outrepassé sa compétence—Les art. 4(1)f) et 4(4) du Règlement n'habilitent pas le Conseil à obliger les parties à fournir les rabais et les paiements consentis à des tiers par des fabricants de médicaments brevetés—Demandes accueillies.

PFIZER CANADA INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1442-08, T-1447-08, 2009 CF 719, juge Mactavish, jugement en date du 10 juillet 2009, 29 p.)

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de l'omission, du refus et du défaut du commissaire aux brevets de délivrer un brevet relativement à la demande de brevet canadien n° 2119921—Il s'agissait de savoir si le commissaire pouvait reprendre l'examen d'une demande après que les irrégularités signalées par l'examinateur dans l'avis portant la mention « Décision finale » ont été corrigées en vertu de la règle 30 des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423—Selon les règles pertinentes, soit les règles 30(3),(4) et (6), si l'examinateur et le demandeur sont confrontés à une impasse de bonne foi, le demandeur a droit à une audience quant à la validité des irrégularités non corrigées qui amènent l'examinateur à rejeter la demande—L'expression « non corrigées » utilisée à la règle 30(4) signifie que les irrégularités signalées dans la décision finale sont détaillées et qu'il ne s'agit pas d'un échantillon—L'interprétation est conforme à l'objet et à l'esprit du régime—Il appert clairement du Recueil des pratiques du Bureau des brevets, du libellé de la règle 30, du régime de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 et de la modification apportée à la disposition sur les « Décisions finales » que la décision finale doit trancher la demande de brevet—À l'issue de l'audience de la Commission d'appel des brevets, le commissaire doit soit rejeter la demande de brevet en vertu de l'art. 40 de la Loi, soit l'accueillir en vertu de l'art. 27—Demande accueillie.

BELZBERG C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-248-08, 2009 CF 657, juge Simpson, jugement en date du 23 juin 2009, 18 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a rejeté la demande sollicitant l'octroi de la résidence permanente au mari—La demanderesse et son fils ont obtenu la résidence permanente en septembre 2005, mais la demande du mari a été retardée—La demande sollicitant une ordonnance de *mandamus* a été accueillie; le défendeur a reçu l'ordre de traiter la demande du mari dans les 90 jours—Cela n'a toutefois pas eu lieu—Le mari s'est enfui du Sri Lanka pour aller en Inde et a demandé que son dossier y soit transféré—L'agent d'immigration a rejeté cette demande, refusant de mener une entrevue concernant l'admissibilité au moyen d'une téléconférence—L'agent d'immigration a par la suite rejeté la demande au motif que le mari avait omis de se présenter pour l'entrevue—Les motifs fournis par l'agent d'immigration concernant le refus de transférer le dossier et de mener une entrevue au téléphone étaient discutables, illogiques et ne tenaient pas compte de la nature et du poids des droits en jeu—L'agent d'immigration a mal compris les dispositions légales applicables et il n'a manifesté aucun souci à cet égard lorsque son erreur a été soulignée—Les délais excessifs subis, l'absence de compréhension et de collaboration manifestée par l'agent d'immigration et son obstination constituaient une situation extraordinaire justifiant une décision imposée en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

application de l'art. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—Il s'agissait d'un cas spécial justifiant l'adjudication de dépens parce que l'agent d'immigration a contourné une ordonnance judiciaire directe—Demande accueillie.

BAGEERATHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3939-08, 2009 CF 513, juge suppléant Frenette, jugement en date du 21 mai 2009, 14 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada portant que le demandeur n'était pas admissible à la suspension administrative du renvoi dans le cadre de la politique d'intérêt public établie en vertu de l'art. 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch 27 pour faciliter le traitement selon les règles de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada en raison d'accusations au criminel en suspens contre le demandeur—Le demandeur, un citoyen du Nigeria marié à une citoyenne canadienne, faisait l'objet de deux chefs d'accusation d'agression sexuelle—Il s'opposait à la constitutionnalité de la politique au motif qu'elle enfreint les art. 7 et 11*d*) 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.)—S'agissant des droits conférés par l'art. 7 de la Charte, le demandeur avait droit à un examen des risques avant renvoi—S'agissant du droit d'être présumé innocent prévu à l'art. 11*d*) de la Charte, ce droit ne s'applique pas dans le cadre d'instances administratives où l'innocence n'est pas en cause—Les art. 7 et 11*d*) de la Charte ne trouvent donc pas application du fait de la politique—Demande rejetée—Question certifiée quant au point de savoir si la politique enfreint les art. 7 et 11*d*) de la Charte.

ENABULELE C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-3486-08, 2009 CF 641, juge Blanchard, jugement en date du 17 juin 2009, 16 p.)

COURONNE

BIENS IMMEUBLES

Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada acceptant la recommandation du Comité consultatif sur le règlement des différends associés aux paiements en remplacement d'impôts quant à la valeur d'évaluation de certains biens de la Citadelle d'Halifax relativement aux paiements fédéraux en remplacement d'impôts en vertu de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13—Portée de la décision du ministre d'établir la valeur effective—L'art. 2(1) de la Loi définit la valeur effective comme étant la valeur que, selon le ministre, une autorité évaluatrice déclarerait être applicable à une propriété fédérale—Le pouvoir discrétionnaire du ministre est limité par le caractère raisonnable de la décision de l'autorité évaluatrice—Le Comité a entrepris une enquête sur ce qu'il ferait à l'égard d'évaluations plutôt que de mener une enquête quant au caractère déraisonnable de l'évaluation—Comme les motifs du Comité sont ceux du ministre, la décision de ce dernier comporte la même lacune—S'agissant du caractère raisonnable de la décision du Comité, son raisonnement et sa conclusion n'étaient pas justifiés, transparents et intelligibles—Demande accueillie.

MUNICIPALITÉ RÉGIONALE D'HALIFAX C. CANADA (TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-215-08, 2009 CF 670, juge Phelan, jugement en date du 26 juin 2009, 21 p.)

DROIT MARITIME

CONTRATS

Action dans le cadre de laquelle Scanwell Logistics Ltd. réclamait le fret impayé à H. Paulin Co. Ltd. pour le transport maritime et ferroviaire de marchandises—Sens de l'expression « fret payé d'avance » paraissant sur des connaissements et des reçus semblables—Les relations entre les parties étaient complexes et mettaient en cause trois contrats d'affrètement différents—H. Paulin, le chargeur et l'acheteur du fret, a retenu les services de A Plus, qui a engagé Scanwell qui, elle, a retenu les services de Orient Overseas Container Line—H. Paulin n'était pas responsable envers Scanwell, l'expression « fret payé

DROIT MARITIME—Fin

d'avance » limitant le recours de Scanwell à la réclamation personnelle contre A Plus—Scanwell a aussi fait une réclamation *quantum meruit*—Le contrat général comprend l'obligation du chargeur de payer le fret—Ce contrat précisait clairement que le fret avait été payé d'avance—Le principe de *quantum meruit* était inapplicable parce que H. Paulin ne s'est pas enrichi sans cause—Demande reconventionnelle rejetée.

H. PAULIN & CO. LTD. C. A PLUS FREIGHT FORWARDER CO. LTD. (T-1340-07, 2009 CF 727, juge Harrington, jugement en date du 16 juillet 2009, 22 p.)

ENVIRONNEMENT

Contrôle judiciaire du Programme de rétablissement du Tétrás des armoises au Canada affiché par le ministre de l'Environnement en vertu de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29—L'art. 41(1)c) de la Loi oblige le ministre à indiquer dans le programme de rétablissement la désignation de l'habitat essentiel dans la mesure du possible, même s'il ne peut pas être identifié intégralement, en se fondant sur la meilleure information accessible—La décision du ministre portant qu'aucun habitat essentiel ne pouvait être désigné était déraisonnable et a été prise sans tenir compte des documents dont il disposait—Même si la meilleure information accessible peut évoluer dans le temps, la désignation de l'habitat essentiel ne peut être reportée pour ce motif—Demande accueillie.

ALBERTA WILDERNESS ASSOCIATION C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-241-08, 2009 CF 710, juge Zinn, jugement en date du 9 juillet 2009, 35 p.)

FONCTION PUBLIQUE

FIN D'EMPLOI

Appel de la décision (2008 CF 740) par laquelle la Cour fédérale a annulé l'ordonnance réintégrant l'appelant dans son poste auprès du Service correctionnel du Canada (SCC)—L'appel a soulevé la question de savoir comment les règles de conduite adoptées par un employeur de la fonction publique fédérale s'appliquent aux déclarations de culpabilité de fonctionnaires travaillant pour le SCC—Le commissaire du Service correctionnel dispose du pouvoir délégué d'établir des normes de discipline—Il a exercé son pouvoir en adoptant la directive n° 060, y compris le Code de discipline et les normes qui en découlent—L'appelant a été licencié du SCC après avoir plaidé coupable à une accusation de harcèlement criminel—Sa réintégration a été ordonnée au motif que l'employeur n'avait pas prouvé l'existence d'un lien entre le lieu de travail et les événements qui se sont produits en dehors des heures de travail et qui ont donné lieu au licenciement—L'arbitre en est arrivé à cette décision au motif qu'il n'a pas été satisfait aux facteurs compris dans le critère énoncé dans la décision *Millhaven Fibres Ltd. c. Oil, Chemical & Atomic Workers International Union, Local 9-670*, [1967] O.L.A.A. n° 4 (QL)—Le juge des demandes a invoqué les normes du commissaire plutôt que le critère formulé dans l'arrêt *Millhaven Fibres* même si les parties n'avaient pas soulevé cette question—Il a établi que la norme de contrôle pertinente applicable à la décision de l'arbitre était celle de la décision correcte—Cette analyse était erronée—L'arbitre était membre d'un tribunal spécialisé en relations de travail dans la fonction publique et il agissait véritablement dans le cadre de son expertise—La norme pertinente était celle du caractère raisonnable—Habituellement, le juge ne traite que des points litigieux soulevés par les parties, mais les tribunaux doivent avoir la possibilité d'intervenir lorsque la qualification que les parties donnent au point litigieux risque de déformer le droit—Le juge des demandes a soulevé à juste titre la question de la norme à la lumière de laquelle le comportement de l'appelant devait être évalué—Si le commissaire avait le droit d'adopter le Code de discipline, il avait aussi le droit d'évaluer le comportement de l'employé en fonction des règles qui y sont énoncées—La question de l'applicabilité des normes du commissaire au comportement en dehors des heures de travail ne s'est pas posée de la même façon que dans *Millhaven Fibres*—Nombre de raisons expliquent pourquoi les déclarations de culpabilité soulèvent des questions différentes dans le contexte du service correctionnel comparativement à d'autres contextes—Ces facteurs influent directement sur les points litigieux dont l'arbitre est saisi—La non-application des normes du commissaire était déraisonnable—Appel rejeté.

TOBIN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-368-08, 2009 CAF 254, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 27 août 2009, 33 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Demande présentée en application de l'art. 147.1(13) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, en vue de modifier la date de prise d'effet du retrait de l'agrément d'un régime de pension des employés—Interprétation de l'art. 147.1(12) de la Loi—Le M.R.N. a envoyé un avis d'intention de retirer l'agrément du régime avec prise d'effet à la date initiale d'agrément parce qu'aucun élément de preuve ne démontrait que le régime s'était conformé à l'art. 8502a) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945—L'administrateur du régime a présenté une demande pour que le retrait de l'agrément prenne effet à une date ultérieure—La question de savoir quelle date prévalait en vertu de l'art. 147.1(12) de la Loi lorsque le ministre a envoyé l'avis d'intention de retirer l'agrément à compter d'une date et l'administrateur a présenté une demande de retrait de l'agrément à compter d'une autre date n'a jamais été posée—Sous réserve du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour en vertu de l'art. 147.1(13) de la Loi, la position du M.R.N. avait nécessairement préséance en l'espèce—La Cour a reconnu que la responsabilité du M.R.N. d'administrer la Loi, notamment de prendre des mesures pour fermer des régimes de pension des employés non-conformes aux critères énoncés dans la Loi pour bénéficier d'un traitement fiscal favorable—Le ministre a agi dans les limites des pouvoirs conférés par l'art. 147.1(12)—Il n'existait aucun motif en l'espèce pour modifier la date de retrait de l'agrément précisée dans l'avis du M.R.N.—Demande rejetée.

HODGE C. M.R.N. (A-524-08, 2009 CAF 210, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19 juin 2009, 11 p.)

CALCUL DU REVENU

Dividendes

Appel de la décision (2007 CCI 481) par laquelle la C.C.I. a accueilli en partie l'appel interjeté à l'encontre de la cotisation établie par le M.R.N. à l'égard de la société remplacée par l'appelante par suite de l'application de la disposition générale anti-évitement (la DGAE) en vertu de l'art. 245(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—La cotisation découlait du rachat, effectué en 1995, d'actions privilégiées du capital de l'appelante détenues par une société non-résidente—L'appelante croyait que parce que le capital versé (le CV) des actions rachetées était égal au produit versé à la société non-résidente, il n'était pas nécessaire de retenir d'impôt sur le produit de rachat—Le ministre a établi que le CV relatif aux actions rachetées était inférieur au produit et que le rachat donnait donc lieu à un dividende réputé—La C.C.I. a confirmé l'application de la DGAE, mais pas l'imposition de la pénalité—L'art. 245(2) de la Loi dispose que l'avantage fiscal ne peut être supprimé en vertu de la DGAE que s'il découle d'une opération d'évitement ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie—Le ministre a soutenu que la vente d'actions de 1993, qui faisait partie de la première série d'opérations, constituait l'opération d'évitement, mais il a reconnu que le prétendu avantage fiscal en l'espèce n'a pas été généré avant le rachat de 1995—Il s'agissait de savoir si la première série était réputée inclure le rachat de 1995 du fait de l'art. 248(10) de la Loi—Le débat entre les parties s'articulait autour du degré ou de la justesse du lien à établir entre la série d'opérations et l'opération liée pour l'application de l'art. 248(1) de la Loi—Si une série constitue un facteur de motivation en vue de la réalisation d'une opération ultérieure, l'opération peut être réputée avoir été terminée « en vue de réaliser la série » et il n'est pas nécessaire d'établir une relation de cause à effet directe entre la série et l'opération—Cette norme est conciliable avec le critère formulé dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2002] 2 C.F. 288 (C.A.) et étendu dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601—Le fait que 1) l'utilisation du CV conservé pour réduire ou éliminer la retenue d'impôt lors de la distribution de fonds ou de biens par une société canadienne à des actionnaires non-résidents constitue un mode de planification fiscale fondamental, et 2) les opérations d'utilisation de pertes fiscales entreprises dans le cadre de la première série étaient complexes contredit toute suggestion selon laquelle le CV conservé dans le cadre de ces opérations n'avait pas été envisagé par l'appelante lorsqu'elle a entamé le rachat de 1995—Ainsi, la conclusion portant que la conservation du CV dans le cadre de la première série d'opérations constituait un facteur de motivation à l'égard de la réalisation du rachat de 1995 était inattaquable—De même, le rapport temporel relativement étroit entre les opérations milite contre l'allégation selon laquelle la réalisation du rachat de 1995 avait un « degré d'éloignement » extrême—La C.C.I. a interprété l'art. 248(10) à juste titre et n'a pas commis d'erreur en statuant que le rachat de 1995 faisait partie de la première série—La conclusion de la C.C.I. portant que la vente d'actions de 1993 constituait une opération d'évitement n'était pas une erreur manifeste et dominante—S'agissant de savoir si cette opération d'évitement constituait un abus dans l'application de la Loi, la Cour a statué que les principes concernant la détermination du CV ont été enfreints et qu'il y a eu abus de l'art. 89(1)b)(iii) de la Loi—Bien que l'art. 89(1)b)(iii) ne soit pas, strictement parlant, une disposition de la Loi parce qu'il intègre par renvoi des dispositions d'autres lois, la DGAE peut s'appliquer en raison de l'art. 245(4)a)(v)—La C.C.I. a statué que le but de l'exigence visant à supprimer le CV des participations entre sociétés dans le cadre d'une fusion consistait à empêcher des ajouts duplicatifs au CV de la société issue de la fusion—La C.C.I. a donc conclu que l'élimination de participations intersociétés par suite de la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

vente d'actions de 1993 contourne cette exigence de façon abusive—Il était loisible à la C.C.I. d'en arriver à ces conclusions—Appel rejeté.

COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. CANADA (A-416-07, 2009 CAF 163, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 21 mai 2009, 37 p.)

NON-RÉSIDENTS

Requête présentée en vertu de l'art. 116 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, afin d'obtenir une exemption suivant l'*Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, tel qu'il a été promulgué par la *Loi sur l'Accord Canada-Barbade en matière d'impôt sur le revenu*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 44, annexe IX (le Traité)—Les demandeurs soutenaient que le Traité exonère la fiducie de l'impôt sur les gains en capital au Canada par suite de l'aliénation d'actions d'une société parce que la fiducie est une résidente de la Barbade—L'art. 116 de la Loi, qui traite de l'aliénation de biens canadiens imposables par des vendeurs non-résidents, est antérieur au Traité—Comme le Traité est muet sur la question de l'interaction entre le Traité et l'art. 116 de la Loi, le Traité l'emporte; les décisions quant à la résidence et aux biens exemptés par traité doivent reposer uniquement sur le libellé du Traité—Lorsque aucun impôt n'est payable en raison d'un traité fiscal, l'art. 116 de la Loi ne devrait pas être appliqué à des fins d'exécution ou de perception—Des modifications à la Loi en attente confirment que l'art. 116 ne s'applique pas à des biens exemptés par traité—Le M.R.N. tentait d'étendre ses pouvoirs au-delà de ce qui est prévu à l'art. 116 de la Loi—Les demandeurs avaient droit à une décision exécutoire du défendeur quant à la question de savoir si les actions constituaient des biens exemptés par traité.

MORRIS C. M.R.N. (T-1899-07, 2009 CF 434, juge Simpson, ordonnance en date du 29 avril 2009, 15 p.)

NOUVELLES COTISATIONS

Requête présentée par l'intimée en vue de solliciter la radiation de la demande au motif que les points litigieux traitaient de « cotisations », qui relèvent de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.)—Les nouvelles cotisations n'ont pas été acheminées à l'adresse postale du requérant, ce qui signifie que les avis de cotisation n'étaient pas valides—Le requérant ne pouvait pas déposer d'avis d'opposition sans avis de cotisation valides—Un avis d'opposition doit être déposé pour interjeter appel à la C.C.I.—Le requérant ne disposait donc d'aucun droit d'appel à la C.C.I.—Comme il n'y avait aucune décision à soumettre à la C.C.I., celle-ci n'avait pas compétence—Bien que le ministre ait affirmé à juste titre que les cotisations relevaient exclusivement de la compétence de la C.C.I., la question était du ressort de la Cour fédérale puisqu'il n'y avait pas de cotisation « valide » en l'espèce—Requête rejetée.

CARTER C. CANADA (T-465-09, 2009 CF 846, protonotaire Aalto, ordonnance en date du 26 août 2009, 11 p.)

PÊCHES

Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans d'allouer un contingent individuel de crabe des neiges de 0,050925 % aux pêcheurs de l'est du Nouveau-Brunswick dépendants du poisson de fond—Selon les demandeurs, la décision du Ministre est entachée de plusieurs erreurs—En appliquant les principes énoncés dans la jurisprudence, il est évident que la nature de la pêche pratiquée, la taille des navires ainsi que les frais d'exploitation sont clairement des considérations pertinentes pour la détermination du pourcentage d'allocation—La décision du ministre n'est donc pas déraisonnable—Le ministre n'a pas non plus manqué à son obligation d'agir équitablement—En règle générale, les principes de justice naturelle ne s'appliquent pas aux décisions législatives ou stratégiques—Bien que la décision du ministre ait une incidence directe sur un nombre limité de personnes, il ne fait aucun doute que cette décision visait à établir une politique en matière de gestion des pêches—La *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 confère au ministre une discrétion quasi-absolue qui s'étend non seulement à la décision mais aussi à la procédure pour y parvenir— Demande rejetée.

MAINVILLE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1289-07, 2009 CF 720, juge Gauthier, jugement en date du 13 juillet 2009, 19 p.)

PRATIQUE

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Requête pour outrage au tribunal introduite par la demanderesse en vertu de la règle 466b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, au motif que le défendeur, M. Mickey Yeung, a enfreint l'ordonnance rendue par le juge von Finckenstein le 25 octobre 2006—Examen des principes juridiques relatifs à l'outrage au tribunal—La partie qui allègue qu'un outrage au tribunal a été commis doit présenter une preuve suffisante à première vue en démontrant que la personne qu'elle accuse d'outrage au tribunal s'est rendue coupable d'une désobéissance délibérée et obstinée—Il faut démontrer l'intention de faire ou de refuser de faire ce que la cour a ordonné dans le cadre d'une instance civile pour faire état d'outrage civil—La preuve faisant état de l'impossibilité de se conformer ou de diligence convenable peut constituer une excuse légitime pour ne pas s'être conformé à une ordonnance—La demanderesse n'a pas réussi à démontrer, hors de tout doute raisonnable, tous les éléments nécessaires du critère applicable à l'outrage civil—L'omission du défendeur Yeung de se conformer à l'ordonnance n'était pas délibérée et intentionnelle—Requête rejetée—Un montant forfaitaire plutôt que des frais estimés ont été accordés au défendeur Yeung.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PERCEPTION DE LA COPIE PRIVÉE C. FUZION TECHNOLOGY CORP. (T-1655-04, 2009 CF 800, juge Martineau, jugement en date du 5 août 2009, 41 p.)